



# Noción y funcionamiento de las cláusulas *back-to-back* en los subcontratos de construcción

## Notion and operation of *back-to-back* clauses in construction subcontracts

Walter Vásquez Rebaza\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

### Resumen:

Hoy en día no resulta infrecuente que los contratistas generales de construcción busquen gobernar las relaciones jurídicas con algunos de sus subcontratistas mediante términos y condiciones *back-to-back*. Los principios que canalizan este tipo de operaciones no cuentan con un desarrollo lógico-conceptual unívoco. Por ende, sus alcances dependen siempre de la intensidad que, en uso de su autonomía privada, le confieran los privados a la redacción particular de cada subcontrato.

Pese a ello, actualmente es posible vislumbrar un mínimo común que describe la columna vertebral de este tipo de operaciones. En el presente trabajo, que forma parte de una investigación más extensa en curso, nos referiremos a la mencionada estructura elemental de las operaciones constructivas *back-to-back*, a la cual describiremos valiéndonos de tres principios en los que aquella se desglosa y que orientan su desenvolvimiento: el principio de “contrato espejo”, el principio de “adecuación” y el principio de “condicionamiento en cascada”.

A tales efectos, evaluaremos cómo se aplican estos principios en las transacciones complejas llevadas a cabo en nuestro país. Con ocasión a ello, y por resultar absolutamente pertinente, exploraremos los desarrollos del *back-to-back* en los modelos del *civil law*, del *common law* y de las *Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build* de FIDIC (2019).

### Abstract:

Nowadays, it is not uncommon for general contractors to seek to govern their legal relationships with some of their subcontractors through *back-to-back* provisions. The principles that guide this type of agreements do not have a univocal logical-conceptual development, so their scope always depends on the intensity that, by virtue of their freedom of contract, the parties assign to the particular drafting of each subcontract.

Despite this, it is currently possible to realize that there is a common minimum ground that describes the backbone of this kind of agreement. In the present article, which is part of a more extensive study in progress, we will refer to the aforementioned basic structure of *back-to-back* construction agreements. We will describe these agreements using three principles in which they could be broken down and which guide their development (the principle of “mirror contract”, the principle of “adequacy”, and the principle of “waterfall conditioning”). For this purpose, we will evaluate how these principles are applied in complex transactions carried out in our country. In this context, and because it is absolutely relevant, we will explore the developments of *back-to-back* in the models of *civil law*, *common law* and the FIDIC's *Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build* (2019).

### Palabras clave:

Contratos de Construcción – Contratos *Back-to-Back* – Cláusula *Back-to-Back* – Cláusula *Pay-When-Paid* – APP

### Keywords:

Construction Contracts – Back-to-Back Contracts – Back-to-Back Clause – Pay-When-Paid Clause – PPP

\* Abogado y Magíster por la PUCP. Profesor de Derecho de Contratos a nivel de Pregrado y Posgrado en la PUCP. ORCID Id: 0000-0002-4605-2725. Contacto: walter.vasquez@pucp.pe

**Sumario:**

1. Introducción – 2. Subcontratación de construcción y cadenas contractuales – 3. Hacia una noción de subcontratos de construcción *back-to-back* – 4. Funciones de las estructuras *back-to-back* en los proyectos de construcción – 5. Principios en que se descomponen las operaciones constructivas *back-to-back* – 6. La aplicación *mutatis mutandi* en el subcontrato de los principios – 7. Presupuestos del funcionamiento equilibrado de los principios *back-to-back* – 8. Puntualizaciones sobre la redacción de subcontratos de construcción *back-to-back* en la praxis transaccional – 9. Reflexión Final

**1. Introducción**

El instrumento de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración interna, les permite a los agentes económicos planificar operaciones complejas de modo tal que se ajusten a sus propios intereses. En este contexto, es posible advertir en la praxis transaccional peruana (particularmente, en proyectos complejos de elevada envergadura patrimonial) la presencia de pactos mediante los cuales los contratistas generales buscan gobernar sus subcontratos mediante lo que a nivel internacional se conoce –genéricamente– como la lógica *back-to-back*.

En general, las cláusulas que conforman operaciones *back-to-back* no cuentan con un desarrollo lógico-conceptual unívoco<sup>1</sup>, y sus alcances dependen de la redacción introducida por los asesores legales de las partes. Se trata de una realidad fluctuante, cuyas modalidades más “benignas” y más “intensas”<sup>2</sup> se encuentran en función de los objetivos de cada proyecto, de las necesidades de sus partícipes (en particular, las de los contratistas generales), así como del poder de negociación y de las circunstancias que acompañan a cada acuerdo. Otros factores de mutabilidad son la pertenencia de las partes a los modelos jurídicos del *common law* o del *civil law*, lo cual podría determinar la reacción del sistema legal en uno u otro sentido frente a ciertas organizaciones de intereses<sup>3-4</sup>.

A pesar de ello, actualmente es posible vislumbrar un mínimo común funcional que configura la columna vertebral del *back-to-back*. En efecto, mediante la referida operación los contratistas generales apuntan transferir (*flow-down*) los riesgos asociados a las obras subcontratadas con el fin de evitar “brechas o disociaciones de responsabilidad”. Estas últimas tienen lugar cuando, en su relación con el cliente, el contratista principal queda sujeto a situaciones jurídicas (principalmente, pasivas) que no puede descargar económicamente en el subcontratista, aun cuando se originan en la porción subcontratada del proyecto.

En vista de la elevada complejidad del fenómeno, y en aras de simplificarlo, proponemos descomponer las operaciones que nos ocupan en tres reglas operativas, a las que denominaremos “principios”. En ese sentido, empleando una terminología descriptiva, postularemos que el desenvolvimiento de los subcontratos *back-to-back* puede ser descrito apelando al (i) principio de “contrato espejo”, (ii) principio de “adecuación” y (iii) principio de “condicionamiento en cascada”<sup>5</sup>. Del mismo modo, nos referiremos a ciertos problemas vinculados a la asignación de riesgos<sup>6</sup> y redacción de los términos y condiciones que gobiernan las operaciones de esta

1 Jose Luis Lacal del Val, *Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts*. Disertación remitida con ocasión al grado MSc en Construction law & Dispute Resolution de King's College London (Centre of Construction Law & Management, King's College London, 2017), 17. Para el autor, las cláusulas que tratan de capturar esta filosofía a menudo adolecen de similar vaguedad. En su opinión, dado que su estipulación es común en la industria, las partes pueden asumir tan fácil como equivocadamente que entienden sus consecuencias, lo cual evita que incluyan el lenguaje refinado para explicar su operatividad.

2 Jörns Zons, “The Minefield of Back-to-Back Subcontracts”, *Construction Law International*, parte I, vol. 5, No. 1 (2010): 12, quien distingue entre *soft* y *stric back-to-back*.

3 En el *civil law*, Gabrielli (*I contratti e le sue classificazioni* (1999). En Enrico Gabrielli, al cuidado de *I contratti in generale*, en *Tratato di Diritto privato* dirigido por Pietro Rescigno, t. I, Turín, UTET, 48 – 49) ha definido autorizadamente a la operación económica como: “una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que con este se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, en la medida que también tal situación concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada”.

4 Piénsese, al respecto, en las incertidumbres generadas en las legislaciones del *civil law* por la estipulación de procedimientos de pago *pay-if-paid* en ciertos contratos de adhesión. Al respecto: Walter Vásquez, Las modalidades *pay-if-paid* [pago si obtengo el pago] y *pay-when-paid* [pago cuando obtenga el pago] en los subcontratos de construcción. (En prensa) (2020).

5 Si bien el término “contrato espejo” es comúnmente aceptado para las operaciones ahora estudiadas, las otras dos nomenclaturas resultan propias y cuentan con un valor descriptivo y explicativo.

6 En base a la filosofía subyacente a la sexta edición del PMBOK, definiremos al riesgo como aquel evento (latente o sobrevenido) de ocurrencia incierta pero objetivamente cuantificable o por lo menos estimable que, en caso de verificarse, genera un impacto, que puede ser positivo o negativo, para una o ambas partes en por lo menos uno de los objetivos de un proyecto: costo, alcance, calidad o tiempo. Es importante puntualizar que la noción de riesgo engloba cualquier dispersión existente entre un cálculo *ex-ante* y la realidad *ex-post* de cualquier ingreso o egreso que repercuta en alguna de las partes. Luego, el comportamiento de los riesgos puede implicar tanto pérdidas como ganancias. Asignar un riesgo a una parte contractual es definir cuál de las partes –y en qué medida, de ser el caso– sufre y disfruta de dichas pérdidas o ganancias.

Los riesgos a los que nos referiremos en el presente trabajo podrían ser englobados en la clásica categorización de “técnicos” y

naturaleza<sup>7</sup>.

Finalmente, es menester precisar que en el presente trabajo realizaremos una evaluación desde la perspectiva legal-contractual, a la luz de algunos modelos del *civil law*, del *common law* y de las *Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build* de FIDIC (2019).

## 2. Subcontratación de construcción y cadenas contractuales

Los contratos de construcción *back-to-back* se desenvuelven en el ámbito de la subcontratación de obra<sup>8</sup>, de la cual configuran una subespecie. En los sistemas del *civil law*, el subcontrato suele ser entendido como aquel:

“contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte”<sup>9</sup>.

Desde una perspectiva “objetiva”, la subcontratación de obra no se configura cuando el contratista intermediario (o sea, el contratista principal) encomienda la actuación de cualquier prestación, responsabilidad o riesgo asumido en su vínculo con el comitente. En cambio, habrá subcontratación *stricto sensu* cuando el contratista principal crea una nueva relación contractual –el subcontrato– en la cual descarga bloques del proyecto (que acarrearán un cúmulo de situaciones jurídicas pasivas)<sup>10</sup>, los cuales pasarán a ser gestionados por el subcontratista. A tales efectos, el subcontratista compromete su propia “dirección técnica”. En ese sentido:

“Sólo estaremos frente a una subcontratación de obra en caso que el contratista contrate a un tercero para que realice parte de la obra, entendiendo que, en tal caso, el contratista delega o traslada la **dirección técnica de la ejecución de tal parte de la obra**. En tal sentido, no configuran subcontrataciones de obra aquellos casos en los que el contratista adquiera material de construcción o alquile maquinarias para la ejecución de la obra, dado que los proveedores o los arrendadores no ejecutarán parte de la obra a cargo del contratista, sino que brindarán aquellos materiales o medios necesarios para que el constructor ejecute la obra a su cargo”<sup>11</sup>. (Él énfasis es nuestro)

Desde el punto de vista “subjetivo”, en la subcontratación constructiva interactúan tres agentes económicos como partes, respectivamente, de dos contratos distintos<sup>12</sup>: (i) el contrato base y (ii) el contrato derivado (o “subcontrato” propiamente dicho). A mayor detalle, en estos escenarios tenemos:

- 
- “contractuales”. El riesgo técnico podría ser definido como aquel derivado de las diversas etapas del procedimiento constructivo (entendido en sentido amplio), esto es: diseño, gestión de compras, la procura de materiales y equipos, montaje, construcción, precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha de una unidad productiva. Empero, salvo cuando sea estrictamente indispensable, preferimos no emplear dicha bifurcación en tanto (i) las responsabilidades y contingencias “técnicas” son también asignadas mediante el consentimiento contractual y, por ende, cuentan también con naturaleza contractual; (ii) y la definición de lo que es *técnico* o no es a menudo controvertida y problemática.
- 7 Dejaremos para una oportunidad posterior los abundantes y complejos problemas jurídicos que derivan de dichas operaciones económicas en el mundo del Derecho contractual.
  - 8 Como se verá más adelante, son límites para la subcontratación: la ausencia de autorización del comitente, las prohibiciones legales y la especialidad y especificidad de los compromisos asumidos por el subcontratista. Sobre este último punto, recordar que “la subcontratación “no se permitirá cuando la parte contratante haya sido específicamente seleccionada en base a alguna calificación personal, habilidad o competencia”.Lo anterior en palabras de Will. Hughes , R. Champion y Jhon Murdoch, *Construction contracts: Law and management*. (Londres y Nueva York: Routledge, 2015), 305.
  - 9 Ramon López. *El subcontrato*, (Madrid: Tecnos, 1973), 193-198 y ss. Según el autor, el subcontrato se caracteriza adicionalmente por (i) limitar su extensión al principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, (ii) no ser un contrato traslativo de dominio ni de ejecución instantánea (iii) ser contemporáneo y coexistente al contrato base, el cual configura los derechos a subcontratar (iv) ser de idéntica naturaleza al contrato principal del cual deriva.
  - 10 En el *civil law*, una situación jurídica es comúnmente definida como aquella posición en la que se encuentra un individuo tras la verificación de un hecho jurídicamente relevante, como destinatario de la aplicación de una norma jurídica. En función a la prevalencia o no del interés del titular de una situación jurídica específica, esta puede ser pasiva (como en el caso de las obligaciones) o activa (como en el caso los derechos subjetivos).
  - 11 Informe N° 14-2004-GTN emitido por CONSUCODE (en la actualidad OSCE) citado por Alfredo Soria y Luis Yamada, “¡Échame una mano!: La subcontratación en la Ley de Contrataciones del Estado” (Ley N° 30225). *Revista Derecho & Sociedad*, N° 44 (2015):185.
  - 12 Ambos acuerdos se encuentran vinculados por la propia naturaleza de la subcontratación, en la medida que el contrato base actúa objetivamente como presupuesto lógico indispensable para la existencia del subcontrato. En las hipótesis descritas, una de las partes del convenio base se vincula negocialmente con un tercero, dando lugar a un acuerdo distinto (contrato derivado) en el cual se replica de manera inversa el tipo negocial en que el esquema principal se subsume. Luego, en el subcontrato, el contratista principal asumirá el rol económico de cliente, mientras que su contraparte asume el rol que ocupaba el contratista en el contrato principal. Es decir, si en el acuerdo base el sujeto ocupa la posición de arrendatario, depositario o contratista, en el contrato derivado (subcontrato) ocupará la posición antitética: (sub)arrendador, (sub)depositante, (sub)comitente.

- i. **Primero.** - El “contrato principal”, cuyos actores son el comitente y el contratista principal<sup>13</sup> o contratista intermediario.
- ii. **Segundo.** - El “subcontrato”, cuyas partes son el contratista principal –quien ocupará la posición de subcomitente– y el subcontratista.

El contratista principal es una especie de bisagra, pues si bien permanece como parte legalmente responsable del cumplimiento frente al cliente, se constituye –simultáneamente– como parte del contrato derivado. Luego, aquel contratista mantiene una relación directa tanto con el comitente como con subcontratista, “haciendo uso de sus dos caras o facetas obligacionalmente contrapuestas”<sup>14</sup>.

El contrato principal y el subcontrato son negocios jurídicos autónomos<sup>15</sup> y cada cual tiene sus propios elementos estructurales y efectos jurídicos. Empero, ambos se encuentran coligados funcionalmente en virtud de una multiplicidad de factores, tales como la repetición de los bloques del proyecto y la coincidencia temporal de sus ejecuciones<sup>16</sup>.

Las hipótesis de subcontratación de obra dan lugar a una “cadena contractual”. Según esta idea, como regla<sup>17</sup>, el sistema conformado por el *prime contract* y los subcontratos conseguirán los propósitos *macro* del proyecto (que son los propósitos del cliente final, pues los acuerdos involucrados buscan como resultado único la satisfacción de aquel)<sup>18</sup> mediante la ejecución armónica de tales acuerdos.

La dinámica de la “cadena contractual” supone, también como regla, que el comitente (cliente), el contratista principal y el subcontratista ostenten acciones y remedios contractuales únicamente contra sus respectivas contrapartes. En cambio, semejantes acciones no estarán a disposición de los “polos” extremos de la operación (cliente y subcontratista, recíprocamente). Como se advierte, la “cadena” persigue sus fines en el marco del principio de relatividad, el cual no concibe vínculo directo entre el cliente y el subcontratista.

13 En cambio, propone la nomenclatura de constructor principal: Humberto Podetti, *Contrato de construcción*, (Buenos Aires: Astrea, 2004), 84.

14 López, *El subcontrato*, 193-198.

15 No abordaremos, por no ser comunes en praxis transaccional nacional, lo que un sector de la doctrina denomina *collateral warranties*. Básicamente, estas radican en creación de un vínculo contractual directo (regido bajo la filosofía del *privity*) entre el cliente y el subcontratista, con diversos propósitos. Al respecto: Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts*, 319 y ss; Max Abrahamson, *Engineering Law and the I.C.E. Contracts*, (Londres: E & FN Spon, 1979), 255.

16 La coligación entre ambos contratos se aprecia en manifestaciones como las siguientes:

- (i) Ambos se encuentran vinculados por la propia “naturaleza jurídica” (abstracta) de las operaciones de subcontratación, en la medida que el contrato base actúa objetivamente como presupuesto lógico para la existencia del subcontrato. En Soria y Yamada, “¡Échame una mano!: La subcontratación en la Ley de Contrataciones del Estado” Ley N° 30225, 186
- (ii) El vínculo de accesoriadad o dependencia instaurado entre los referidos negocios jurídicos ocasiona que las patologías genéticas y funcionales que afectan al negocio principal repercutan en el subcontrato. Según otras opiniones, existiría una doble implicación funcional entre ambos. En ese sentido, los cambios y patologías extintivas que afectan al contrato principal usualmente afectan también al subcontrato. Inversamente, cualquier atraso en el cumplimiento de un subcontrato podrá dar lugar a responsabilidad del contratista bajo el contrato principal. Sobre el particular: Stavros Brekoulakis y Ahmed El Far, “Subcontracts and multiparty arbitration in construction disputes”. En: Stavros Brekoulakis, y Thomas, D.B. *The guide to construction arbitration*, (Londres.: Global Arbitration Review, 2017), 89.
- (iii) Las obras subcontratadas deben ser realizadas con arreglo a los requerimientos del contrato principal, al cual están destinadas (Henry Henkin, *Drafting engineering contracts*, (Londres y Nueva York: Elsevier Applied Science, 2006), 179). Consecuentemente, o las especificaciones del subcontrato se remiten directamente a ciertas partes de los requerimientos del contrato base o el contratista principal crea nuevas especificaciones para el subcontrato, interpretando los requerimientos del contrato principal.
- (iv) La responsabilidad del subcontratista puede estar condicionada por los acuerdos a que el contratista principal haya arribado con el dueño de la obra. Ello ocurriría, por ejemplo, (a) ante la determinación de la fecha de pago de la obra por referencia al calendario de conclusión de las partidas de obra del contratista principal o (b) por la limitación de responsabilidad del contratista por las reclamaciones que el dueño de la obra haya instado frente al contratista y que traigan en causa las actuaciones del subcontratista, ejerciendo este último una acción de regreso. En esta última hipótesis, el contenido de la acción de regreso viene determinado por el importe previamente abonado por el contratista (quien contaba con una limitación de responsabilidad a su favor). Al respecto: María Jose Rivas, “Las responsabilidades por los defectos de la obra subcontratada” 2010. En: Miguel Pasquau, María Jose Rivas y Vicente Tovar (Editores), *V. La subcontratación en la construcción*, (Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters), 35.
- (v) Ambos contratantes son partes del mismo proyecto, sus alcances de trabajo se superponen, por lo que son parcialmente afectados por los mismos eventos. El *background* contextual y el conocimiento de las circunstancias, incluyendo las del contrato principal, pueden ser un factor relevante para interpretar el subcontrato. En ese sentido: Lacal del Val, *Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts*, 16.

17 Evidentemente, existen disposiciones legales excepcionales que, yendo más allá de la idea de *cadena contractual* inspirada en el principio relatividad, instauran –por la vía de la solidaridad– acciones contractuales entre los polos extremos de la operación de subcontratación. Así, el artículo 1772 del Código Civil peruano, dispone lo siguiente:  
Código Civil peruano. Artículo 1772.-

El contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente. La responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato. Sin embargo, en el presente trabajo no nos ocuparemos de dichas hipótesis.

18 Luigi Di Paola, “Back-to-back contracts”. *The International Construction Law Review*. Vol. 4 (2009):489.

Para ilustrar el funcionamiento ideal de la “cadena contractual” emplearemos un ejemplo. En el marco de un contrato de obra principal, el comitente que requiera el cumplimiento de la prestación “X” o que imparta la instrucción “Y”, tendrá el derecho de pretenderlas del contratista principal (su contraparte)<sup>19</sup>. A su vez, este último normalmente podrá exigir *aguas abajo* –en el subcontrato– el cumplimiento de la prestación “X” o el acatamiento de la instrucción “Y” por el subcontratista (su propia contraparte)<sup>20</sup>. La hipótesis descrita refleja una concatenación armoniosa en las diversas *bandas* ejecutoras para satisfacer al cliente.

Sin embargo, en la subcontratación de obra (por razones imputables o no imputables a las partes) la “cadena contractual” perfecta es una mera utopía. En realidad, el entrelazamiento entre las *bandas* es tan fuerte como lo es su eslabón más débil<sup>21</sup>, verificándose un sinnúmero de situaciones en que la ilación armoniosa se ve dislocada o hasta irremediablemente quebrada.

Surgen entonces responsabilidades disociadas, también denominadas *brechas de responsabilidad*, las cuales hacen peligrar, directamente, los intereses de los contratistas intermediarios<sup>22</sup> e, indirectamente, los intereses de clientes y subcontratistas.

Retomando la ilustración anterior, estaremos frente a una responsabilidad disociada si el contratista no puede exigir al subcontratista el cumplimiento de la prestación “X” y/o el acatamiento de la instrucción “Y” en las mismas condiciones comprometidas para con el comitente. Pese a ello, este último (el comitente) sí se encontrará legitimado para pretender, del contratista principal, la observancia de “X” e “Y”. Como se aprecia, el contrato base asigna al contratista principal situaciones jurídicas pasivas (deberes) que, pese a haber celebrado un subcontrato, aquel no podrá descargar *aguas abajo*.

Los peligros de la ruptura de cadenas de (sub)contratación –esto es, la generación de *brechas de responsabilidad*– suelen ser identificados, dimensionados y calificados por el contratista principal como riesgos “importantes”, por tener una elevada frecuencia y/o magnitud en los proyectos. Y es precisamente para mitigar estos advenimientos que el contratista intermediario, en pos de la mejor protección de sus propios intereses, busca incorporar términos y condiciones *back-to-back* en algunos de sus subcontratos.

### 3. Hacia una noción de subcontratos de construcción *back-to-back*

Con el panorama descrito en mente, es posible afirmar que una operación *back-to-back* ideal es aquella conforme a la cual el contratista intermediario busca blindar la “cadena contractual” que lo vincula – mediante sendos acuerdos– con el cliente y el subcontratista y, de esta forma, evitar su ruptura. Puesto en otros términos, la operación apunta primordialmente a mitigar el riesgo de disociación o “brecha de responsabilidad” al que el contratista general podría quedar expuesto.

Con tal propósito, el contratista principal estructura el subcontrato de una forma tal que, sin alterar formalmente su relación frente al comitente, hace que el subcontratista asuma económicamente –como si fuese el contratista principal respecto a la parte subcontratada del proyecto– la ejecución de un cúmulo de situaciones jurídicas pasivas (obligaciones, responsabilidades y riesgos) que el contratista principal había originalmente recibido del cliente<sup>23</sup>. Así, el contratista principal delega al subcontratista la realización de actividades que el cliente podía pretender de aquel (el contratista principal) de forma idéntica o semejante a la forma en que el cliente podría pretenderlas de aquel.

19 Asimismo, es universalmente reconocido que la subcontratación no implica una cesión de responsabilidad frente al cliente del contratista hacia el subcontratista. En ese sentido, el contratista principal permanece como totalmente responsable respecto al cliente y no puede excusarse acreditando que el trabajo defectuoso o tardío fue causado por el subcontratista. Al respecto, el numeral 6 del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación española reconoce este principio de la siguiente forma:

Ley de Ordenación de la Edificación. Artículo 17. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. (...)

6. (...).

Quando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

(...)

20 Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts: Law and management*, 306; Abrahamson, *Engineering Law and the I.C.E. Contracts*, 252.

21 Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts: Law and management*, 306

22 López, *El subcontrato*, 193.

23 En los proyectos de asociación público-privada, esta traslación suele recaer sobre la universalidad de obligaciones constructivas asumidas por la sociedad vehículo respecto del Estado. Más en general, la forma –total o parcial– en la que las obligaciones contractuales son trasladadas en la cadena contractual es una cuestión que concierne al acuerdo de las partes.

La lógica *back-to-back* supone también que las situaciones jurídicas activas (derechos y remedios jurídicos) del subcontratista derivadas de eventos atribuibles al comitente relativos a la porción subcontratada del proyecto, deberán ser encaminadas –indirectamente– al cliente. Solo si, bajo el *main contract*, el cliente (o un tribunal en defecto de ésta) admite o aprueba la situación jurídica similar a la invocada *aguas abajo* por el subcontratista, este podrá exigírsela al contratista principal. Dicho de otra forma, este último solo quedará vinculado al reconocimiento de derechos ante el ejecutor de “banda” inferior si tal derecho se ha configurado bajo el *main contract*.

En suma, el término *back-to-back* normalmente alude a un subcontrato mediante el cual, el contratista principal se desprende económicamente y coloca en el subcontratista ciertas situaciones pasivas (obligaciones, riesgos y responsabilidades) y activas (remedios y derechos) asumidas por el primero respecto al cliente, bajo el *main contract*. De este modo el subcontratista queda vinculado a aquellas de forma semejante a como el contratista se encuentra vinculado a ellas frente al cliente.

En este orden de ideas, no se alejan de la verdad las posturas que definen al fenómeno en los siguientes términos:

“La relación contractual entre los constructores-diseñadores y los subcontratistas se denomina “*back-to-back*” o *risk shifting* cuando las obligaciones y responsabilidades pasan del constructor-diseñador al subcontratista. Los subcontratos transfieren la mayoría de los riesgos del diseñador-constructor a sus subcontratistas. Como tal, existe transferencia de obligaciones y derechos de una entidad a otra. Esta relación basada en la cadena coloca a los subcontratistas en situaciones en las que el ejercicio de sus derechos está determinado por la recepción de dichos derechos en virtud del contrato principal”<sup>24</sup>.

Es menester precisar que la arquitectura mínima de los escenarios de convenios *back-to-back*, a los cuales haremos mención en las presentes líneas, son las siguientes:

- i. **Primero.** - El “contrato general”, contrato principal o *main contract*, cuyas partes son el cliente (denominado por algunos como “propietario”<sup>25</sup>) y el contratista general (contratista principal<sup>26</sup>, contratista intermediario o *main contractor*).
- ii. **Segundo.** - El “subcontrato”, cuyas partes son el contratista general (quien ocupará la posición de subcomitente) y el subcontratista (contratista *back-to-back*, *downstream contractor* o ejecutor secundario o delegado).

Cabe en este punto efectuar una aclaración que impactará transversalmente el desarrollo posterior. El objeto de la delegación *aguas abajo* del contratista principal se encuentra configurado, por un lado, por el desenvolvimiento de obligaciones, responsabilidades y riesgos creados en virtud del contrato principal; y, por el otro, por derechos, poderes y remedios jurídicos, los cuales se vinculan a la porción del proyecto encomendada. El objeto de la delegación comercial podría quedar englobado en el concepto de situaciones jurídicas originadas en el contrato principal.

Ahora bien, es pertinente puntualizar que la delegación mencionada no implica la transmisión jurídico-formal de las situaciones jurídicas aludidas, sino únicamente su traslación “empírica” a la “banda” ejecutora inmediatamente inferior. Semejante transmisión supone la creación de un nuevo vínculo jurídico –el subcontrato– en virtud del cual se constituirán en cabeza del subcontratista nuevas situaciones jurídicas llamadas a ser homólogas funcionales o, por lo menos, instrumentales a la actuación de las situaciones antecedentes. Para tales fines, el contratista principal podría valerse de cláusulas idénticas (por remisión o incorporación) a las del contrato principal, pero también podría emplear una redacción distinta y absolutamente genuina.

En este orden de ideas:

24 Rayan Assaad, Amr Elsayegh, Gasser Ali, Mohamed Abdul Nabi y Islam H. El-adaway, “Back-to-back relationship under standard subcontract agreements: comparative study”. *Journal of legal affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*. vol. 12, nº 3. (2020): 2.

25 Sin perjuicio de ello, como explicamos en otra ocasión, esta denominación podría no ser del todo correcta atendiendo a un lenguaje técnico-legal: Walter Vásquez, “Los contratos de construcción. La figura del contratista y su relación con el riesgo”, *Revista de Actualidad Mercantil*. vol. 5, (2017): 57.

26 En cambio, propone la nomenclatura de constructor principal: Hugo Podetti, *Contrato de construcción*. (Buenos Aires: Astrea, 2004), 84.

- i. No parece correcto, al menos desde la perspectiva legal, aseverar que las cláusulas del contrato principal son transmitidas a las *bandas inferiores*<sup>27</sup>. En realidad, los términos y condiciones del *main contract*, fuente principal de situaciones jurídicas, jamás dejan de gobernar las relaciones cliente – contratista general. En cambio, mediante la lógica *back-to-back*, lo que se encomienda al subcontratista es la actuación de las situaciones jurídicas (de fuente legal y contractual) que vinculan al contratista principal respecto a un tramo del proyecto<sup>28</sup>. Para lograr tal resultado, puede utilizarse técnicas que van más allá de la mera (y problemática) replicación de las cláusulas del contrato principal en el subcontrato<sup>29</sup>.
- ii. Por ende, cuando aludimos a transferencia, transmisión o delegación aguas abajo de las situaciones jurídicas emanadas del contrato base, no empleamos dicho término como sinónimo de disposición o enajenación de aquellas, como si fuese producto de una cesión de posición contractual. Las referidas locuciones son utilizadas en sentido económico y descriptivo, pues se sabe que la celebración del subcontrato no altera formalmente las posiciones contractuales que ocupan los contrayentes tanto en el contrato principal como en aquel<sup>30</sup>.
- iii. Esta aclaración también es compatible con la regla legal según la cual la responsabilidad global por el cumplimiento idóneo del contrato principal – antes y después de la subcontratación – permanece en cabeza del contratista principal, de suerte que aquel no puede excusar su incumplimiento aduciendo haber subcontratado parte de sus obligaciones. Al ser responsable frente al cliente por las deficiencias y desviaciones en las obras subcontratadas “como si hubiesen sido ejecutadas por el propio contratista general”<sup>31</sup>, este último deudor retiene el riesgo de incumplimiento de las obligaciones de sus subcontratistas *back-to-back*.

Por otro lado, es importante puntualizar que la canalización *aguas abajo* podría referirse (i) a la totalidad (100%) de un proyecto a cargo del contratista principal (por ejemplo, la delegación de la implementación llave en mano de la etapa pre-operativa de un proyecto de infraestructura)<sup>32</sup> o (ii) a una parte o bloque del proyecto (por ejemplo, la implementación del sistema de alimentación eléctrica de una central hidroeléctrica)<sup>33</sup>.

#### 4. Funciones de las estructuras *back-to-back* en los proyectos de construcción

La principal razón de ser de las operaciones *back-to-back*<sup>34</sup> radica en fortalecer las *cadena de subcontratación* en las que el *main contractor* participa de cara a la ejecución de proyectos que tienen como destinatario al cliente final. El contratista principal busca evitar los impactos perjudiciales de la ruptura de dichas cadenas,

27 En ese sentido, no compartimos la definición según la cual el acuerdo *back-to-back* es una disposición que busca vincular o transferir total o parcialmente los términos y condiciones contractuales de un contrato principal a subcontrato o de un subcontrato a sub-subcontrato. La mayoría de los que buscan introducir cláusulas “*back-to-back*” intentan incorporar en el subcontrato TODOS o LA MAYORÍA de los términos y condiciones del contrato principal relacionados con los trabajos subcontratados. (L. Hon Chin Yi, “Back-to-back” Provisions in Hong Kong’s building contracts - Points to note from some recent Hong Kong court cases. *Surveyors Times*. Vol. 18, No. 1 (2009):34.

En similar sentido, Grette Da (citado por S. Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 4) estima que mediante el método *back-to-back*

(...) los términos del acuerdo perteneciente a un escalón de la pirámide contractual son incorporados como parte del acuerdo entre las partes en los escalones inferiores. De esta forma, uno se puede proteger a sí mismo de que cláusulas críticas queden fuera de un subcontrato, o de ingresar a un acuerdo que difiere del contrato principal debido a formulaciones imprecisas.

28 Tal como refiere Lacal del Val, “Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts”, 22), dichas situaciones están relacionadas a derechos y obligaciones “sustantivas” (de primer orden) antes que a los términos y condiciones que gobiernan el “procedimiento” de ejercicio de tales derechos (segundo orden).

29 Véase, al respecto, el numeral 8 del presente trabajo.

30 En sentido estricto, el subcontrato vincula al contratista principal y al subcontratista, por lo que, salvo las excepciones como la prevista en el artículo 1772 del Código Civil peruano, sus efectos sustanciales no se extienden al cliente (quien es y permanece siendo un tercero con respecto al contrato derivado).

31 Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 2.

32 Ramsey, V.; Minogue, A.; Baster, J.; O’Reilly, M. *Construction Law Handbook*. (Londres: ICE, 2007). Si bien esta subespecie de subcontratación probablemente germinó en el ámbito de los proyectos *build, operate and transfer* – BOT– actualmente su campo de aplicación suele ser mucho más extenso, llegando a abarcar, por ejemplo, proyectos EPC (*engineering, procurement and construction*) llave en mano.

33 Una delegación económica total no es frecuente en nuestra praxis transaccional nacional. Esto salvo (i) que se trate de proyectos de asociación público privada, en donde la posición formal de subcontratistas podría ser ocupada por los *sponsors* de la concesionaria, con la autorización y restricciones del concedente; y, (ii) la intervención –en calidad de contratistas principales– de consorcios de coordinación.

34 El éxito real de estos pactos para los agentes económicos involucrados es aún materia de controversia. Al respecto, confróntese las conclusiones de las dos siguientes disertaciones internacionales: Siah, S.L.J. (2008). *Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract*. Disertación remitida con ocasión al grado MSc en Construction law & Dispute Resolution de King’s College London y de la National University of Singapore. Centre of Construction Law & Management, King’s College London y National University of Singapore: 41 y Lacal del Val, J.L. (2017). *Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts*. Disertación remitida con ocasión al grado MSc en Construction law & Dispute Resolution de King’s College London. Centre of Construction Law & Management, King’s College London, 1-55.

pues, de lo contrario, asumirá *brechas de responsabilidad*. Estas hipótesis tienen lugar cuando se produce alguno de los dos siguientes supuestos:

- i. Cuando, en su relación con el cliente, el contratista principal ha quedado sujeto a situaciones jurídicas pasivas que no puede descargar económicamente en alguno de sus contratistas de las *bandas* inferiores. Se trataría, entonces, de “una potencial exposición hacia el cliente, que excede la recuperación potencial hacia el subcontratista”<sup>35</sup>. Este fenómeno puede derivar no solo de incumplimientos del subcontratista, sino también de la estructuración particular de los contratos, de las diferencias en el alcance de trabajos, de las interpretaciones divergentes de cláusulas que gobiernan los distintos niveles ejecutores, de las exclusiones expresas en el subcontrato, de causas no imputables a las partes, de divergencias que hallan su origen en la legislación aplicable, entre otras causas.
- ii. Cuando el contratista principal debe reconocer al subcontratista derechos o remedios jurídicos sin que aquél los haya obtenido previamente del cliente.

A continuación, veremos dos casos concretos donde se aprecian *brechas de responsabilidad*.

El contratista general “MC” se compromete a realizar un proyecto cuya titularidad recae en el cliente “C”. Para tales efectos, “MC” celebra un acuerdo derivado con el subcontratista “S”<sup>36</sup>. Este último logra incorporar en el subcontrato exoneraciones de responsabilidad a su favor, aplicables ante ciertos incumplimientos específicos. Es el caso que “S” recae en los incumplimientos para los que resultaba aplicable la exoneración. En tal escenario, “C” –víctima refleja del incumplimiento de “S”– puede hacer valer remedios contra “MC” bajo el contrato principal. En cambio, “MC” se verá en la imposibilidad de trasladar sus reclamos correlativos a “S”, su contraparte en el subcontrato, por la exoneración de responsabilidad incorporada. La correlación del reclamo de “MC” contra “S” se habrá interrumpido, reteniendo este último la responsabilidad por la obra subcontratada a causa del actuar de su subcontratista.

Otra disociación de responsabilidad es apreciable en el caso *Smith v. Johnson Bros* de la jurisprudencia canadiense, que pasaremos a resumir empleando las nomenclaturas elegidas para este trabajo. “C” se reservó la facultad de suspender los trabajos de “MC”, estipulándose que en tal supuesto los derechos de “MC” consistirían exclusivamente en obtener una ampliación de plazo, sin el reconocimiento de costos indirectos por el tiempo de suspensión. No obstante, ante la suspensión del contrato principal, los términos del subcontrato obligaban “MC” a reconocer “S” la correspondiente ampliación de plazo y, además de ello, los costos y gastos por el tiempo que dure la suspensión. En este caso, tratándose de un aspecto estrechamente vinculado a las obras subcontratadas, la sujeción al no reconocimiento de costos por suspensión de los trabajos se ha colocado únicamente en cabeza del contratista intermediario. Este último no podrá descargar aquel “no derecho” en el subcontratista, quien se encuentra plenamente facultado para pretender el reconocimiento de costos.

Evitar la ruptura de la “cadena contractual” y las consiguientes *brechas de responsabilidad* (en interés del contratista intermediario), constituye la principal razón de estipular cláusulas *back-to-back*<sup>37</sup>. Para lograr semejante propósito, el contratista principal regula el subcontrato de una forma tal que:

- i. Coloca en el subcontratista la actuación de las situaciones pasivas (obligaciones, riesgos y responsabilidades) relativas a un bloque del proyecto que el contrato principal colocó primigeniamente en cabeza de aquel (el *main contractor*). En tal sentido, conforme a una lógica *back-to-back* ideal, no existirán pretensiones propias de las obras subcontratadas que el cliente pueda exigir al ejecutor de la “banda” primaria y que, a su vez, aquel no se los pueda exigir –de manera idéntica o con adecuaciones– al ejecutor de la “banda” secundaria.
- ii. Supedita las situaciones jurídicas activas del subcontratista (derechos, reconocimiento de reclamaciones y beneficios), relacionadas a las obras subcontratadas, a su reconocimiento previo por el cliente.

35 Zons, J. Op. Cit., p. 14. En similar sentido: Siah, S., op. cit., 9 – 10.

36 En lo sucesivo, emplearemos la misma nomenclatura (“C”, “MC” y “S”) para los ejemplos a ser desarrollados en el presente artículo.

37 Dicho de otro modo, la lógica *back-to-back* en la industria constructiva descansa en la relación funcional que existe entre el objeto del contrato principal y el objeto del subcontrato. En estas hipótesis, el contratista principal se vale del subcontratista para la ejecución total o parcial de los mismos trabajos cuya ejecución el contratista había asumido previamente respecto del cliente. De este modo, el contrato principal y el subcontrato serían contratos que, funcionalmente, desempeñan operaciones vinculadas, dado que ambos negocios buscan como resultado económico único satisfacer al cliente. Asimismo, el alineamiento –tendencialmente total– de las obligaciones asumidas por el subcontratista respecto a aquellas asumidas por el contratista principal (frente al cliente), buscaría desvincular o liberar al contratista general de obligaciones residuales y riesgos en el cumplimiento del *main contract*, situaciones que habría asumido en caso aquel hubiese buscado estructurar sus contratos de otro modo. Al respecto: Di Paola, “Back-to-back contracts”, 489.



A la par de la lógica expuesta, es menester reconocer la existencia de otros importantes propósitos que los artífices de estas operaciones suelen perseguir, dependiendo de las circunstancias.

En primer lugar, un *main contractor* podría obtener la adjudicación de la buena pro de un proyecto con la expectativa de dedicarse primordialmente a su *core business*, considerando que la industria no espera que aquel sea igualmente competente en absolutamente todos los oficios y técnicas requeridas para una operación constructiva de gran magnitud<sup>38</sup>. En ese sentido, es razonable que el contratista de primera "banda" pretenda descargar empíricamente, en una serie de subcontratistas, la ejecución de más de un bloque del proyecto. Así, los subcontratos *back-to-back* le brindan al contratista general una alternativa para organizar, redistribuir y compartir con ciertos subcontratistas (en lo que respecta a sus respectivos alcances de trabajos)<sup>39</sup> los riesgos globales de implementar porciones del proyecto ajenos al *core business* en el cual el contratista principal deberá enfocarse.

En segundo lugar, la canalización *back-to-back* podría obedecer a una necesidad de reparto integral de tareas y gestión eficiente del riesgo. En efecto, fuera de su *core business*, los subcontratistas podrían ser empresas bastantes más calificadas que el contratista principal para asumir eficientemente la multiplicidad de responsabilidades asociados a un bloque global del proyecto. Ello podría obedecer a razones de especialización, experiencia, *expertise* técnico y tecnológico, calidad<sup>40</sup> (factores cruciales para la realización idónea de trabajos de complejidad elevada), conocimiento de mercados nacionales, optimización del tiempo, recursos y costo, así como la necesidad de empleo de personal clave conformado por especialistas de probada confiabilidad y reputación (que pueden encontrarse en áreas geográficas dispersas)<sup>41-42</sup>. Todo ello acompañado de las ventajas clásicas de la figura<sup>43-44</sup>.

En tercer lugar, el encapsulamiento y transferencia *aguas abajo* de situaciones jurídicas a través de estipulaciones *back-to-back* pueden favorecer la bancabilidad de proyectos en cabeza de sociedades vehículo que asuman el rol de concesionarias DFBOOT<sup>45</sup>, en el marco de asociaciones público-privadas. Ello ocurre dado que, a ojos de los financistas, las cláusulas *back-to-back* contribuyen a ocasionar que el perfil de riesgo de la concesionaria (tomador del préstamo) no se vea radicalmente impactado, en tanto las contingencias relativas a los diversos componentes del proyecto habrán sido colocadas en cabeza de quien está en la mejor posición de evitarlas y controlarlas: los ejecutores *aguas abajo*, cuyo cumplimiento idóneo se encuentra respaldado con garantías financieras<sup>46</sup>.

En cuarto lugar, mediante las operaciones *back-to-back* el contratista principal puede buscar alinear los

38 Sobre este punto, véase: Robert William Abbet, *Engineering contracts and specifications*. (Nueva York: John Wiley & Sons, 1963): 237; López, R. *El subcontrato*, 66.

39 La distribución de contingencias y responsabilidades descrita se verá potenciada si se consideran las garantías de realización automática que entregarán los subcontratistas al contratista principal y que serán ejecutables ante eventos de incumplimiento de este último.

40 Brekoulakis y El Far, *Subcontracts and multiparty arbitration in construction disputes*, 87.

41 Hughes, Champion, y Murdoch, *Construction contracts: Law and management*, 303 y 304. Según los autores, en estos casos los contratistas cuentan con las redes e instalaciones para proveer trabajos a cualquier sitio.

42 Mediante este tipo de subcontrata se busca, además, lograr una mayor competitividad y buscar la mejor relación calidad/precio, originando simultáneamente una expansión de la dimensión productiva empresarial. En el mismo sentido, Podetti, *Contrato de construcción*, 84, para quien el contratista principal subcontrata para reducir sus estructuras y activos fijos con el propósito de darle mayor protagonismo al capital intelectual. Otros autores (Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts. Law and management*, 303) hallan en la reducción de la dependencia de trabajo directamente contratado por el contratista, una de las razones para la subcontratación. Por su parte, López (*El subcontrato*, 59), estima que la subcontratación se puede aplicar en todos los casos donde se juzgue más económico o más ventajoso, desde el punto de vista del coste, hacer un trabajo fuera de la empresa o algunas operaciones necesarias para su fabricación.

43 López, *El subcontrato*, 59 y 60, quien las resume en razones de economía, de especialidad y de capacidad.

44 Según Hughes, Champion y Murdoch (*Construction contracts. Law and management*, 303) "rekoulakis, S. & H. Op. Cit., p se trataría de las siguientes ventajas: no asunción los costos no salariales del empleo de la mano de obra (tales como la capacitación, los derechos de pensión y los pagos por despido y por enfermedad) y evitar las consecuencias de la sindicalización.

45 El acrónimo corresponde a las iniciales en inglés de cada una de las tareas asumidas por el concesionario en la estructura contractual del mismo nombre: *design, finance, build, own, operate and transfer*.

46 Nos explicamos. Mediante la operación ahora analizada, la concesionaria (sociedad vehículo), contando con la debida autorización del cliente, podría delegar como si fuese *transparente* (esto es, sin retención de situaciones jurídicas) las obligaciones y responsabilidades que asumió frente al cliente respecto al proyecto, junto con el riesgo asociado a su actuación. Por consiguiente, si el proyecto afronta pérdidas a causa de la materialización de algún riesgo re-colocado en el ejecutor secundario, la concesionaria solo será "formalmente" responsable frente al cliente (bajo el principio de relatividad). Ello en la medida que, empíricamente, será el subcontratista –y no la concesionaria– quien deba asumir el peso económico de la pérdida con su propio patrimonio (lo cual, para el caso de incumplimientos u otros eventos imputables al subcontratista, se encuentra respaldado con garantías financieras a primer requerimiento). Esta cobertura hace que la sociedad vehículo se sitúe en posición de superar el *impasse* sin afectar permanentemente su presupuesto; y, al mismo tiempo, permite que la banca no vea reducidas sus probabilidades de repago por esta causal, en tanto la continuidad del proyecto no debería verse comprometida a causa de este *impasse*.

Desde luego, este razonamiento no será aplicable en los escenarios de resolución de subcontratos especialmente relevantes o que generen impactos críticos irreversibles en el proyecto o en escenarios de resolución del propio contrato principal.

intereses del subcontratista a los suyos propios. Operativamente, dicha sincronía ocurre a causa de lo que posteriormente definiremos como el principio de “condicionamiento en cascada” y su contenido: el procedimiento de “escalamiento”. Bajo la lógica descrita, el subcontratista adquiere incentivos para cooperar con su contraparte y al ver enfilados sus intereses a los de esta. Ello en atención a dos razones:

En primer lugar, el subcontratista ve supeditada la obtención de situaciones jurídicas activas (derechos, concesión de reclamaciones y beneficios) a la aceptación por el cliente (o, en su defecto, a la concesión por un tribunal) de la configuración de tales situaciones activas en cabeza del contratista principal (bajo el contrato principal). En líneas muy generales, la verificación de aquellos eventos condicionantes suele evidenciar que el subcontratista ha actuado de forma correcta (según el contrato y la legislación aplicable), lo cual es una variable (de las múltiples existentes) que favorece el interés primario del *main contractor*: conseguir los propósitos del proyecto.

En segundo lugar, el “condicionamiento” en cascada impide el desfase (o disociación de responsabilidad) que se daría en el *main contract* si el contratista principal acepta un reclamo del subcontratista (derivado de cierto evento, como sería la suspensión de los trabajos por causa de fuerza mayor) y, posteriormente, el cliente no acepta dicho reclamo proveniente de aquel contratista (aun derivando del mismo evento, en el ejemplo, la fuerza mayor). Si semejante desfase ocurriese, el contratista principal quedaría como único responsable por un advenimiento originado en las obras subcontratadas (en el ejemplo, la paralización de parte de los trabajos).

Para culminar con este apartado, debe advertirse que la gran mayoría del peso económico de las estructuras que nos convocan recaen sobre un agente: el subcontratista, quien en ocasiones puede ser la parte débil de la relación, respecto al ejercicio de su autonomía privada, poder económico y capacidad de gestión contractual. No descartamos que esta realidad, en sus manifestaciones más extremas del *back-to-back*, podrían ocasionar reacciones del sistema legal, tales como la interpretación *contra proferentem* o el control del contenido del subcontrato. Empero, este tema ameritaría una mayor investigación y lo dejaremos para una próxima oportunidad.

Ubicándonos al margen las situaciones patológicas apenas descritas, debe entenderse que el subcontratista, como todo agente económico razonable y previsor, debió haber factorizado y reflejado en su cotización la correspondiente prima de riesgo derivada de adherirse a aquella estructura.

Así, de manera puramente referencial, si “S” normalmente hubiese cotizado USD \$ 5MM por las obras subcontratadas bajo una estructura estándar, la cotización de “S” por el mismo alcance, pero bajo la modalidad *back-to-back*, podría ascender a USD \$ 7MM. Esta cuantificación del subcontratista también debería considerar la asunción de contingencias perjudiciales asociados a la actuación de “C” sin participar en la ganancia neta o en el *equity* del vínculo cliente-contratista general. Más que una pérdida de competitividad, la prima de riesgo revelaría un sinceramiento de costos que el subcontratista afrontará en la ejecución del acuerdo.

Como se advierte, el componente constituido por las negociaciones y la etapa de tratativas se revela crucial.

## 5. Principios en que se descomponen las operaciones constructivas *back-to-back*

Los subcontratos de construcción *back-to-back* suelen estar caracterizados por tres reglas operativas elementales: los principios de (i) “contrato espejo”, de (ii) “adecuación” y (iii) “condicionamiento en cascada”. Como se vio anteriormente, a todos ellos subyace una función común: evitar que el principio de relatividad aplicado al contrato principal y al subcontrato haga que el contratista general quede expuesto a *brechas de responsabilidad*. En ese sentido, los referidos principios no son otra cosa que la forma en que el ejecutor intermediario descarga comercialmente, en los ejecutores de bandas inferiores, la actuación de situaciones jurídicas relativas a la parte subcontratada del proyecto.

### 5.1. Principio de “contrato espejo”

#### 5.1.1. Noción y operativa del principio de “contrato espejo”

Para introducirnos en el principio de “contrato espejo” debemos partir de dos premisas. Por un lado, la celebración del subcontrato presupone lógicamente<sup>47</sup> el cierre del contrato principal. Por otro lado, y como consecuencia de lo primero, al momento de suscribir el subcontrato, las partes del contrato principal

<sup>47</sup> Y, frecuentemente, también cronológicamente.

ya tienen definido el contenido de este último<sup>48</sup>, incluyendo los componentes del proyecto a cargo del contratista principal. Dicho de otra forma, para cuando se suscribe el contrato derivado, el contrato base ya ha establecido los lineamientos mandatorios de todo el cuerpo de trabajo a realizar en el sitio, por lo que el ejecutor *back-to-back* no “inventará la rueda”.

Con estas premisas en mente se tiene que, en virtud del principio de “contrato espejo”, el contratista general busca sujetar el cumplimiento del subcontratista a las reglas que gobiernan el cumplimiento del contrato principal. De este modo, el ejecutor intermediario, mediante el subcontrato, crea una relación jurídica nueva en la cual descarga económicamente la ejecución de la totalidad o parte de los bloques del proyecto que le fueron encomendados por el cliente.

Para cumplir los propósitos deseados, el contratista general deberá efectuar gran parte de la delegación del desenvolvimiento de sus situaciones pasivas (obligaciones, responsabilidades y riesgos) sujetando al subcontratista a reglas idénticas a las que rigen el desenvolvimiento del *main contract*<sup>49</sup>, para la parte del proyecto encargada. Se buscará entonces que el desenvolvimiento del subcontrato no solo sea consistente con el desenvolvimiento del contrato principal, sino que ambas ejecuciones se dupliquen perfecta o miméticamente. Así, el subcontratista debe actuar “exactamente como hubiese actuado el constructor” en la parte de la obra cuya responsabilidad de ha sido transmitida *aguas abajo*<sup>50</sup>.

En síntesis, con arreglo al principio de “contrato espejo”, el contratista intermediario transfiere obligaciones, riesgos y responsabilidades comprometidas frente al cliente de manera tendencialmente equivalente a como dichas posiciones fueron asumidas frente al último. De esta forma, idealmente ninguna de las mencionadas situaciones será “retenida” por el *main contractor*<sup>51</sup>. Visto de esta manera, este último habrá actuado como si fuese un “muro transparente” colocado entre el cliente y el subcontratista (para el componente subcontratado del proyecto).

Ahora bien, el objeto de delegación “espejo” no se restringe únicamente a las actividades que componen el alcance de trabajos (entendido en sentido estricto) del contratista principal. Pero semejante canalización tampoco se extiende hasta llegar a la totalidad de situaciones jurídicas derivadas del *main contract* (hasta incluir términos puramente comerciales, como la retribución del contratista principal).

Resulta preferible entender que la duplicación *aguas abajo* conforme a la regla del “contrato espejo” versará sobre situaciones pasivas sustanciales (obligaciones, responsabilidades y riesgos) que, habiendo sido colocadas originalmente en el contratista general, permiten el cumplimiento de este último respecto al tramo del proyecto que le fue encomendado (y que aquel decidió subcontratar). El funcionamiento equilibrado del principio de “contrato espejo” presupone, como se verá posteriormente, que los componentes transmitidos se encuentren bajo el control y previsión del ejecutor secundario<sup>52</sup>.

A pesar de la duplicidad operada por la regla de “contrato espejo”, el encargo efectuado al subcontratista por el contratista principal cuenta con una mera eficacia *inter partes* y no altera la posición contractual que ocupa el primer ejecutor en el acuerdo principal. Por consiguiente, el *main contractor* permanecerá como responsable por el alcance global comprometido frente al cliente<sup>53</sup> sin que se genere vínculo obligacional

48 Por su parte, Bailey precisa que no es inusual la celebración de un subcontrato antes de la adjudicación del contrato principal. Empero, aun en ese caso el subcontrato será un acuerdo “parásito”, que carecerá de propósito comercial si el contrato principal al que se vincula nunca se celebra o deja de generar efectos. En Bailey, *Construction law*, 1531.

49 En palabras de Abbet, *Engineering contracts and specifications*, 237: (...) debe estipularse que el subcontratista se encuentra vinculado por los términos del contrato principal, por los planos y por las especificaciones si es que los trabajos incluidos bajo el subcontrato están involucrados. El subcontrato formal debe incluir otros términos requeridos para disponer las relaciones especiales entre el contratista principal y el subcontratista, en cuyo caso debe señalarse que, si existe un conflicto entre cualquiera de los requerimientos del contrato principal y los del subcontrato, los términos del contrato principal prevalecerán. El derecho a aprobar o desaprobar la selección de cualquier subcontratista debe quedar reservado al cliente en el contrato principal”.

50 Podetti, *Contrato de construcción*, 85.

51 Zons, *The Minefield of Back-to-Back Subcontracts*, 11. En el mismo sentido: V. Ramsey, A. Minogue, J. Baster y M. O’Reilly. Op. Cit, 39; H. Smith, *Back-to-back contracts*. Recuperado de: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d75e0cf3-eb8d-4ce5-b39a-13e7b9b4ec4e> [visitado el 5 de octubre de 2020], (2011): s/p; Rayan Assaad, Amr Elsayegh, Gasser Ali, Mohamed Abdul Nabi y Islam H. El-adaway, “Back-to-back relationship under standard subcontract agreements: comparative study”. *Journal of legal affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*. vol. 12, nº 3. (2020): 1.

52 Sin embargo, hay quien considera que en múltiples ocasiones el *flow-down* coloca a los subcontratistas ante severas fechas límites y les atribuyen competencia limitada en la programación y coordinación de su trabajo: Anzidei, *Subcontractors and suppliers*, 243. Esta es la base fáctica en virtud de la cual nace el principio de *adecuación*, que abordaremos posteriormente.

53 Según Rivas este principio no cambia si la cadena de subcontratación desciende a niveles inferiores, “ya que, de otro modo, en supuestos de sucesivas subcontrataciones totales (...) la cadena de responsabilidad quedaría limitada en el primer subcontrato de obra concertando”. En Rivas, “Las responsabilidades por los defectos de la obra subcontratada”, 33.

alguno entre el cliente y el subcontratista<sup>54</sup>. En otras palabras, la lógica “espejo” no niega que la totalidad de los trabajos subcontratados se mantendrán jurídicamente bajo responsabilidad del *prime contractor*<sup>55</sup>.

### 5.1.2 Aspectos frecuentemente delegados al subcontratista bajo el principio de “contrato espejo”

Gran parte de situaciones jurídicas pasivas del contrato principal que, conforme a la regla de “contrato espejo”, son encomendadas a los subcontratistas derivan de los aspectos *técnicos* del alcance de trabajos<sup>56</sup> (especificaciones técnicas, planos y estudios técnicos)<sup>57</sup>. Como se sabe, de modo general, el alcance de trabajos en un contrato de construcción puede incluir el diseño o ingeniería, la procura o gestión de compras, la obtención de permisos y títulos habilitantes, el montaje, la construcción, la provisión de muestras, las pruebas de precomisionamiento y comisionamiento, la asistencia en la operación, las garantías por defectos, la generación de documentos (incluyendo aquella *as-built*)<sup>58</sup>, la elaboración de manuales de operación y mantenimiento, así como el entrenamiento del personal. Todos estos bloques de prestaciones bien podrían ser materia de delegación.

Las situaciones jurídicas vinculadas al alcance *técnico* del contrato principal también se relacionan a la introducción de variaciones al alcance de trabajos<sup>59</sup>. La sujeción del subcontratista a variaciones también suele ser canalizada *aguas abajo* en operaciones *back-to-back*, pues si el ejecutor intermediario no logra sujetar al ejecutor de *banda inferior* respecto a los cambios, podría verse expuesto no solo a una “brecha de responsabilidad”, sino a una negociación estratégica del subcontratista (con un eventual impacto negativo en los propósitos del proyecto).

También vinculada al aspecto *técnico* se encuentra la canalización “espejo” que debe realizar el *main contractor* –actuando como interlocutor único frente al subcontratista– respecto de las instrucciones y aclaraciones del cliente referidas al bloque subcontratado del proyecto. Y es que, como regla, estas instrucciones deberán trasladarse de manera idéntica a los niveles ejecutores.

En efecto, si bien al ejecutar la parte del proyecto encomendada el subcontratista interactúa, se reúne y coordina con el personal del cliente y la supervisión, es una buena práctica que aquel ejecutor secundario no acate –directamente– a las instrucciones que estos últimos le puedan impartir, aún sin estar legitimados. En estos casos, el contratista general debe intervenir con la finalidad de canalizar la información recibida del cliente hacia el subcontratista. En otras palabras, el flujo de instrucciones y aclaraciones “técnicas” para la ejecución de las obras subcontratadas debe darse entre las partes del subcontrato (bajo el principio de relatividad).

Esta regla es acogida en la Cláusula 2.3 “Instrucciones y Determinaciones bajo el Contrato Principal” de las *Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build* de FIDIC (2019) (en adelante, las “Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*”):

El Subcontratista deberá, en relación con las Obras Subcontratadas, cumplir con todas las instrucciones y determinaciones del Ingeniero que le sean notificadas como Instrucción del Contratista, independientemente de si las instrucciones y determinaciones fueron emitidas válidamente bajo el Contrato Principal. (...). Si el Subcontratista recibe alguna instrucción directa del Cliente o del Ingeniero:

54 Salvo casos como el de las *colateral warranties* mencionado en la nota al pie 16.

55 Abbet (“Engineering contracts and specifications”, 137, 237 y 238) propone casos de excepcional involucramiento del cliente con ocasión a los subcontratos: (i) cuando los subcontratos son sujeto de aprobación por el ingeniero y (ii) el sistema de fijación de precios del contrato principal sea un *cost-plus*, en el que todos los montos y términos de los subcontratos deben ser revisados cuidadosamente. Asimismo, el autor puntualiza que en algunas jurisdicciones el cliente es responsable por el impago del contratista general a los subcontratistas. Pero en el Perú, esta situación es aplicable solo a los trabajadores de los subcontratistas, bajo los alcances de la normativa laboral.

56 Para una noción de *alcance de trabajos*, véase: W. Vásquez, “Las variaciones en los contratos de construcción: precisiones sobre su noción y causas”. *Ius Et Veritas*, No. 57, (2019): 56 y ss.

57 A mayor detalle, el *núcleo duro* del alcance de trabajos se encuentra individualizado por documentos contractuales y técnicos tales como los planos, las especificaciones técnicas, estudios especializados, cronograma, y, en general, toda la información que individualice las características del producto de trabajo a cargo del contratista, incluyendo la calidad, estándares de rendimiento, responsabilidades, garantías de remediación, obligaciones de información y gestión, interpretaciones y aclaraciones. En términos más autorizados, las obligaciones materia de *pass-down* incluyen responsabilidades por el diseño y, asimismo, “el requerimiento de obtener la culminación en una fecha específica sobre la base de que la definición de culminación y la determinación de si este última se ha obtenido es la misma tanto en el contrato de construcción como en el contrato de concesión” (Ramsey, Minogue, Baster y O’Reilly, *Construction Law Handbook*, 39).

58 En ese sentido, la Cláusula 5.2 de las *Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build* de las Condiciones de FIDIC para Subcontratos *Design-Build* señala que los Documentos del Subcontrato como regla se convertirán en los Documentos del Contrato.

59 Ello, naturalmente, sin perjuicio de las divergentes condiciones económicas retributivas.

- informará inmediatamente al Representante del Subcontrato del Contratista y le proporcionará una copia de la instrucción directa si ha sido emitida por escrito; y
- no tendrá la obligación de cumplir con ninguna de tales instrucciones directas a menos que y hasta que hayan sido confirmadas por escrito como Instrucciones del Contratista. (...)

Al margen de las precisiones relativas al rol de interlocutor del subcontratista, parece indudable que las aclaraciones, especificaciones o interpretaciones que el cliente y su supervisión efectúen respecto al alcance delegado suelen ser materia de *flow-down* perfecto, como sugiere el principio de “contrato espejo”.

Anteriormente se mencionó que los componentes materia de transmisión al subcontratista bajo la regla de “contrato espejo” incluyen preponderantemente<sup>60</sup> situaciones jurídicas referidas al alcance *técnico* del proyecto. Empero, debemos precisar que la canalización no se limita a tales aspectos, sino que se extiende a una variedad heterogénea de situaciones jurídicas surgidas con ocasión al bloque del proyecto materia de subcontratación.

Veamos un ejemplo. “C” se compromete a individualizar áreas de 500m<sup>2</sup> dentro en un polígono de 3000m<sup>2</sup> con el propósito de que “MC” efectúe –en el área determinada– obras indispensables para el funcionamiento de un sistema “integral”. Por su parte, “MC” subcontrata bajo condiciones *back-to-back* a “S” la implementación llave en mano de dicho sistema. Si el subcontrato es *back-to-back*, “S” usualmente tendrá el deber no solo de implementar las especificaciones técnicas del sistema subcontratado, sino también el de realizar otras actividades: dar su conformidad con la propuesta de área de 500m<sup>2</sup> ofrecidas por “C”, participar en el inventario, estudiar la titulación del inmueble estar presente en el acta de entrega de las áreas. Como se aprecia, se trata de actividades que originalmente fueron colocadas en cabeza de “MC”, pero que bajo la lógica que nos ocupa, habrán sido encomendadas a “S”. Y es que las prestaciones enumeradas son precedentes y funcionales para que “S” ejecute su alcance *técnico* y, además, resultan indispensables para que “MC” se encuentre en posición de cumplir frente a “C” al contrato principal.

A continuación, mencionaremos algunos aspectos ajenos a los aspectos “técnicos” del alcance de trabajos que también suelen formar parte de la aplicación del principio de “contrato espejo”.

En primer lugar, otras situaciones jurídicas pasivas que suelen ser objeto de *back-to-back* son la sujeción a la legislación aplicable al contrato principal, al idioma oficial y al idioma para las comunicaciones, a la confidencialidad debida por el contratista principal al cliente (respecto a la información sensible que este último pone a disposición del primero)<sup>61</sup> y a los deberes de no reclutar o intentar reclutar personal del cliente.

En esa línea, el numeral 1.8. “Ley del Subcontrato e Idioma” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build* dispone, entre otros, (i) que “[l]a ley del país (u otras jurisdicciones) que gobierne el Contrato Principal gobernará el Subcontrato” y (ii) el “idioma que gobierna [el Subcontrato] y el idioma para las comunicaciones bajo el Subcontrato será el idioma que gobierna y el lenguaje para las comunicaciones del Contrato Principal” (Corchetes agregados).

En segundo lugar, ciertas situaciones jurídicas de fuente heterónoma legal a menudo también serán canalizadas *aguas abajo* en el sistema contractual, siempre y cuando se refieran a la porción subcontratada del proyecto. Tal sería el caso de:

- las garantías implícitas<sup>62</sup>. Así, por ejemplo, existiría una “brecha de responsabilidad” si (ya sea por los usos y costumbres de la localidad o ya sea porque así lo amerita el proyecto específico) “C” puede exigir de “MC” la instalación de un equipo con una garantía de obsolescencia por un año tras la aceptación provisional de la obra, mientras que, por su parte, “MC” no puede obtener de “S” ninguna garantía por obsolescencia toda vez que, según el subcontrato, las únicas garantías exigibles se restringen a aquellas por desperfectos materiales de las estructuras.
- El deber de buena fe objetiva y sus manifestaciones, tales como el deber de colaboración y las cargas de evitar y mitigar los daños<sup>63</sup>.

60 En similar sentido: Duncan Wallace, “Hudson’s Building and Engineering Contracts. Including the Duties and Liabilities of Architects”, *Engineers and Surveyors*, 1, (Londres: Sweet & Maxwell, 1995): 1359-1360.

61 Lo mencionado halla su explicación en que las estructuras *back-to-back*, el *main contractor* se verá en la necesidad de compartir dicha información con sus subcontratistas y proveedores, siendo que si estos últimos proceden a revelarla, colocarán en al contratista intermediario en situación de incumplimiento del contrato principal.

62 Anzidei, *Subcontractors and suppliers*, 246.

63 Desde luego, la actuación de estos deberes y cargas, respecto a las obras subcontratadas, podría acarrear importantes costos para

En tercer lugar, bajo el principio de “contrato espejo”, el contratista principal puede introducir en el subcontrato facultades de adelantar la exigibilidad del cumplimiento de ciertas obligaciones del subcontratista para, de esta forma, adaptarse a los vencimientos anticipados a los que se encuentra sujeto bajo el *main contract*.

En ese sentido, asúmase que en el contrato entre “C” y “MC” contiene un cronograma para entrega de áreas que integran el sitio, pero a la vez “C” está facultado para entregar tales áreas en fechas anteriores (si consigue la liberación de tales inmuebles antes de lo planificado). Bajo tales circunstancias, “MC” debería reservarse frente a “S”, en el subcontrato, la facultad de adelantar la exigibilidad, por el subcontratista, de la recepción de las áreas obtenidas de “C”, replicando miméticamente la facultad de “C” en el contrato principal. De lo contrario, “MC” quedaría expuesto a una “brecha de responsabilidad”, y podría asumir la obligación (con el riesgo asociado) de la custodia temporal de las áreas entregadas para las obras subcontratadas a “S”.

En cuarto lugar, aunque no es del todo frecuente en la praxis nacional, podrían ser traspasadas al subcontratista indemnidades que replican las del *main contractor* frente al cliente. A favor de ello, un sector de la jurisprudencia norteamericana ha entendido que

están dispuestos a reconocer la eficacia de las *step-over clauses* y otorgar una indemnización basada en las disposiciones de indemnización de los documentos incorporados siempre que la *step-over clause* incorpore clara e inequívocamente el documento ajeno [*el contrato principal*] sin limitar su aplicación a algún aspecto de la relación contractual, lo cual normalmente excluiría consideraciones de indemnización, i.e., **material a suministrar y trabajo a realizar** y similares<sup>64</sup> (El énfasis y los corchetes son nuestros).

La aplicación “espejo” de una indemnidad contra el subcontratista puede ser graficada con la ayuda del siguiente ejemplo. Asúmase que, en ejecución del subcontrato, “S” tala árboles ilegalmente, ocasionando que la Municipalidad competente aplique al cliente “C” una multa firme y ejecutoriada<sup>65</sup> ascendente a \$/ 1’000,000.00.

En tal caso, la misma indemnidad por la cual “C” puede lograr que “MC” internalice el costo de la multa por haber mediado negligencia en una actividad de la obra, podría haber quedado integrada en el subcontrato, desde el momento de su celebración. De este modo, en aplicación de la indemnidad *back-to-back*, “S” terminará asumiendo el monto de la multa en su relación interna con “MC”, manteniendo libre de perjuicios a esta última<sup>66</sup> respecto a la aplicación de la indemnidad por “C” (ante la tala ilegal de árboles).

En quinto lugar, suelen ser objeto de canalización situaciones como la *esencialización* de plazos para la entrega de hitos (intermedios o finales) y la vinculación a cláusulas de resolución de disputas (eventualmente *multi-party*)<sup>67</sup> o al convenio arbitral del contrato principal, siempre y cuando la controversia verse sobre obligaciones materia de subcontratación<sup>68</sup>.

Adicionalmente, entre las situaciones emanadas del contrato principal que podrían incorporarse miméticamente al subcontrato –deviniendo en vinculantes para el subcontratista– se encuentran los siguientes: el flujo de información en manos del *main contractor* previa y posterior al cierre del subcontrato<sup>69</sup>, algunas definiciones del contrato principal, la seguridad patrimonial y tenencia de áreas que integran el sitio, la observancia de normas técnicas, medioambientales, sociales y arqueológicas, políticas internas, de *compliance* y anticorrupción del cliente, poderes de aceptación de subcontratistas<sup>70</sup>,

el subcontratista, principalmente considerando que el monto del contrato principal y el ahorro generado en el cliente podría exigir realizar conductas bastante costosas a la luz monto del subcontrato. Por ende, el sacrificio del subcontratista al mitigar o evitar un daño asociado a las obras subcontratadas podría acabar siendo considerablemente mayor al sacrificio hipotético del contratista principal.

64 Conger & Lynch & Rentz citados por la opinión singular de Mr. Justice Saylor en *Bernotas v. Super Fresh Food Markets, Inc.* (2004).

65 Es indispensable señalar que, previo a esta etapa, el contratista principal debe haberle dado oportunidad razonable a “S” de efectuar sus descargos frente a la autoridad encargada de llevar a cabo el procedimiento que desencadenará en la multa.

66 No obstante, en la praxis transaccional se observa que los contratistas generales suelen elaborar una regulación divergente y única para las indemnidades del subcontrato. Con todo, aun en este caso, la filosofía *back to back* se respeta, pues los riesgos cubiertos son riesgos a los que el subcontratista expone al *main contractor* frente al cliente. En ese sentido, véase la esclarecedora opinión singular de Mr. Justice Saylor en *Bernotas v. Super Fresh Food Markets, Inc.* (2004).

67 MolinoCahill Lawyers. 2014. “Back to back contracts”. Acceso 5 de octubre de 2020. <https://es.scribd.com/document/226015607/Back-to-Back-Contracts>

68 La razón de esto último radica en que para el contratista general podría ser de interés no verse expuesto a decisiones contradictorias derivadas de los diferentes tribunales asignados bajo el *main contract* y bajo el subcontrato. Al respecto: Smith H. 2011. “Back-to-back contracts”. Acceso 5 de octubre de 2020. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d75e0cf3-eb8d-4ce5-b39a-13e7b9b4ec4e>

69 Salvo, naturalmente, la información confidencial, tal como los valores asignados bajo el contrato principal a las partidas subcontratadas.

70 Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 16. Según el autor, el

facultades remoción del personal que observe conductas inadecuadas, mantenimiento de materiales y equipos almacenados en el sitio<sup>71</sup>, transferencia de derechos de propiedad industrial, disponibilidad a auditorías y acceso a registros.

En síntesis, el objeto de traslación bajo el principio de “contrato espejo” se dará respecto a toda situación jurídica pasiva que, habiendo sido colocada inicialmente en el contratista general, asegure de forma idónea el cumplimiento de contratista general respecto a al tramo del proyecto subcontratado. Como se mencionó, y se confirma con los ejemplos, se trata de aspectos *prima facie* bajo control y previsión del subcontratista.

### 5.1.3. Derivaciones del principio de “contrato espejo”

Desde el punto de vista operativo, el principio de “contrato espejo” presenta una serie de derivaciones de las que pasaremos a ocuparnos a continuación.

En virtud de la primera derivación, sin perjuicio de la responsabilidad formal entre el contratista principal y el cliente (bajo el principio de relatividad), el subcontratista asumirá económicamente la responsabilidad civil derivada de la actuación de las situaciones jurídicas (obligaciones, responsabilidades y riesgos) materia de *flow-down*<sup>72</sup>.

La regla según la cual el subcontratista asume responsabilidad civil por los componentes del contrato principal que le fueron encomendados es consagrada por la Cláusula 2.2 “Cumplimiento del Contrato Principal” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, conforme a la cual:

(...) si el Subcontratista comete cualquier incumplimiento del Subcontrato, indemnizará y mantendrá indemne al Contratista contra y de todos los daños por los que el Contratista sea responsable en virtud del Contrato Principal como resultado de dicho incumplimiento (...)<sup>73-74</sup>.

Sin perjuicio de la aplicación de reglas del Código Civil que gobiernan la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, en una estructura *back-to-back*, el instrumento del cual el *main contractor* suele valerse para trasladar al subcontratista la responsabilidad por la implementación inadecuada de las obras subcontratadas está conformado por las cláusulas de indemnidad<sup>75</sup>.

Estos pactos fortalecen la posición del contratista general por diversas razones. En primer lugar, porque le permiten evitar las *brechas de responsabilidad* ocasionadas por los límites legales de responsabilidad genérica<sup>76</sup> que podrían jugar a favor del subcontratista. De esta forma, la indemnidad permite que el *main contractor* recupere del subcontratista el 100% de compensaciones exigibles por el cliente a causa de un evento imputable originado en las obras subcontratadas<sup>77</sup>.

En segundo lugar, las cláusulas de indemnidad suplementan el sistema de responsabilidad civil en tanto suelen introducir un criterio de imputación objetivo e, inclusive, podrán hacer compensables aquellos daños excluidos de protección legal<sup>78</sup>.

contratista principal podría reservarse esta facultad por el diseño del producto o porque el subcontratista estuvo en la lista negra del cliente.

71 Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts. Law and management*, 307.

72 Según Rivas, Las responsabilidades por los defectos de la obra subcontratada, 36 y ss. en la jurisdicción española esta acción de responsabilidad civil se entremezcla como acción de incumplimiento del contrato y acción de repetición. Más adelante, la autora precisa que se trataría de acciones que en realidad son excluyentes entre sí.

73 Otras derivaciones de este principio pueden hallarse en la Cláusula 7.3 “Indemnidad por mal uso” y en el penúltimo párrafo de la Cláusula 11.1 “Obligaciones del Subcontratistas luego de la Recepción” del mismo cuerpo normativo.”

74 Como parte de la responsabilidad frente al contratista principal por las obras subcontratadas, el subcontratista asumirá las consecuencias patrimoniales derivadas de la disconformidad del cliente para con sus entregables no idóneos. En este sentido, Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts. Law and management*, 309.

75 Estas cláusulas suelen ser materia de negociación específica bajo el subcontrato, a pesar de que este último sea efectivamente uno *back-to-back*. Asimismo, cabe resaltar que los pactos mencionados frecuentemente son asociados a cláusulas de retención, compensación o *back-charge*. Sobre este último punto, véase: Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts. Law and management*, 309.

76 Encontramos límites legales de responsabilidad en la cuantía de la pena de una cláusula penal (artículo 1341 del Código Civil peruano) y en las restricciones a la extensión, al daño previsible, del incumplimiento debido a culpa leve (artículo 1321 del Código Civil peruano).

77 Evidentemente, ello ocurrirá siempre y cuando la propia indemnidad no se encuentre sometida al límite de responsabilidad consensual.

78 Nos referimos principalmente a la no resarcibilidad de los daños indirectos.

Llegado a este punto, debemos mencionar un importante presupuesto para que el contratista principal tenga legitimidad para aplicar al subcontratista una indemnidad a causa de algún reclamo proveniente del cliente que hubiese hallado su origen en el alcance subcontratado. La invocación de dicha cláusula presupone que el contratista principal le haya conferido al ejecutor de "banda" inferior una oportunidad razonable de (i) conocer las alegaciones del cliente y (ii) plantear sus descargos, a fin de evitar, cuando ello sea factible, la configuración de la obligación de compensar bajo el contrato principal. Para tales fines, el subcontratista deberá contar con la colaboración razonable del contratista principal.

La regla enunciada es parcialmente acogida por la Cláusula 3.4 "Reclamos del Cliente vinculados al Contrato Principal" de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, según la cual:

Si el Contratista recibe del Cliente o del Ingeniero alguna notificación y detalles de un reclamo del Cliente que involucra al Subcontratista, el Contratista inmediatamente enviará una copia al Subcontratista. El Subcontratista posteriormente proveerá asistencia razonable al Contratista en relación al reclamo del Cliente. En la medida que el Contratista se considere legitimado para trasladar el reclamo al Subcontratista, la Sub-Cláusula 3.3. (*Reclamos del Contratista dentro del Subcontrato*) será de aplicación.

Retomaremos el punto anteriormente mencionado en el numeral 5.3.d) del presente trabajo.

Una segunda derivación del principio de *contrato espejo* radica en que el contratista *back-to-back* podría verse en la necesidad de asumir, aunque con un impacto económico provisional (esto es, un impacto meramente financiero), ciertas actividades "extra" surgidas como consecuencia de eventos no imputables a aquel. Se trata de la necesidad de realizar prestaciones que, si bien no se encuentran expresamente en las especificaciones técnicas o en los documentos contractuales, resultan precedentes o indispensables para la ejecución de las obras subcontratadas bajo las circunstancias alteradas. Naturalmente, en estos casos el subcontratista tendrá derecho a seguir el procedimiento de "escalamiento" para, en caso corresponda, obtener una compensación del cliente.

Para ilustrar esta compleja situación, asúmase que "C" se obliga a entregar un área determinada a "MC" para la realización de pruebas dinámicas de material rodante. La ejecución de dichos ensayos formaba parte del alcance subcontratado llave en mano a "S". Asimismo, en el subcontrato se incorporó una cláusula *continued performance*<sup>79</sup>. Es el caso que "C" recayó en un incumplimiento crítico de la entrega del área donde se habrían de realizar las pruebas.

Consecuentemente, en aras de culminar los trabajos a su cargo, "S" se vio en la necesidad de realizar almacenamiento y mantenimiento en lugares y por tiempos fuera de lo previsto en su oferta técnica<sup>80</sup>. Dichas actividades fueron ejecutadas, por un lado, en vista de que eran indispensables para la conservación del material rodante (y, por lo tanto, para su puesta en marcha); y, por el otro, en aplicación la cláusula *continued performance*. Ahora bien, en esta hipótesis, con toda probabilidad, "S" tendrá el derecho de "escalar" *ex post* a "MC" y, posteriormente, a "C" un reclamo por los sobrecostos incurridos. Empero, "S" habrá asumido el costo financiero de las actividades "extra".

En el escenario expuesto, el incumplimiento del cliente (que impactó en los trabajos subcontratados haciendo surgir la necesidad de realizar nuevas tareas) no es imputable ni al contratista general ni al subcontratista. Empero, en aras de culminar con dichos trabajos, estas actividades se revelarán, primero, obligaciones a cargo del contratista general derivadas del deber de colaboración; y, segundo, mediante la regla de "contrato espejo" combinada con la regla *continued performance*, se revelarán parte del alcance subcontratado. Dicha delegación ocurre, como repetimos, con la posibilidad de que el subcontratista acuda al procedimiento de "escalamiento" de reclamos que tiene al cliente como destinatario final. Se advierte entonces que, en esta hipótesis, el impacto económico del subcontratista es financiero antes que patrimonial.

Una derivación ulterior del principio de "contrato espejo", radica en que el subcontratista podría terminar asumiendo importantes contingencias que van más allá de lo expresado no solo en el subcontrato (como normalmente ocurre, pues es el acuerdo que lo vincula a su contraparte) sino también en el contrato principal. Si la ambigüedad del alcance es un problema, en los contratos *back-to-back* este problema podría

79 Al respecto: Walter Vásquez. 2019. "Resiliencia contractual. La cláusula *continued performance* (o *keep working*) en los contratos de construcción". <https://ius360.com/columnas/resiliencia-contractual-la-clausula-continued-performance-o-keep-working-en-los-contratos-deconstruccion-walter-vasquez/>

80 Para efectos del ejemplo, asumiremos que "MC" no proporcionó recurso alguno a "S" para sobrellevar el incumplimiento de "C".



multiplicarse por dos, al ser dos los acuerdos de los que emanan obligaciones, responsabilidades y riesgos a cargo del subcontratista.

En nuestra opinión, estas importantes contingencias forman parte de lo que Duncan Wallace denomina “trabajos complementarios” y trabajos “contingentemente necesarios”.

Los primeros son aquellos trabajos o procesos que, aunque no han sido descritos expresamente en los documentos contractuales, son indispensables o inevitablemente necesarios (bajo el “*inclusive price principle*”) para la culminación idónea de los “trabajos necesarios”. En cambio, los “trabajos contingentemente necesarios” son aquellos no descritos en los planos y especificaciones técnicas, pero que se hacen exigibles únicamente ante circunstancias y dificultades acaecidas coyunturalmente en el desarrollo de la obra<sup>81-82</sup>.

Los componentes mencionados son riesgos colocados a cargo del subcontratista según los términos y condiciones del subcontrato *back-to-back*, razón por la cual, ante su verificación, no resultará procedente un suplemento de precio a su favor. Luego, se trata de situaciones que deben ser cuidadosamente identificadas, dimensionadas, o, al menos, estimadas por el subcontratista, y reflejadas en su cotización. Una forma de llevar a cabo dicha tarea podría consistir en la creación de fondos de contingencias.

#### 5.1.4. Límites del principio de “contrato espejo”

La operativa del principio de “contrato espejo” halla límites de diversa índole, cuya revisión reviste sumo interés.

El primer límite al principio ahora evaluado deriva de las –eventuales– prerrogativas del contratista principal para objetar o restringir la subcontratación del contenido del *main contract*<sup>83</sup>.

En nuestro medio, aunque el Código Civil peruano es permisivo en lo que a subcontratación de obra atañe, no se aprecia semejante flexibilidad ni en el Reglamento de Contrataciones del Estado<sup>84</sup>, ni en las estructuras transaccionales empleadas para canalizar proyectos complejos.

En segundo lugar, el principio de “contrato espejo” aplicado al *ejecutor* de la banda inferior no está diseñado para canalizar actividades consistentes en

- el gerenciamiento del proyecto<sup>85</sup>, que involucra la coordinación general y control a nivel global del proyecto<sup>86</sup>;
- la supervisión interna;
- la administración de contratos;
- las tareas asumidas por las áreas técnicas, tales como el planeamiento, costos y presupuesto y *supply chain*;
- las tareas asumidas por las áreas de soporte, tales como la contabilidad y finanzas, asesoría legal y recursos humanos;

81 Duncan Wallace, *Hudson’s Building and Engineering Contracts. Including the Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors*, 497, 877, 883 y ss.

82 Vendrían a ser ejemplos de la segunda categoría la reposición de equipos hurtados durante el proceso de construcción, la cobertura de equipos instalados para evitar su deterioro ante las lluvias o la remediación de defectos.

83 Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts*, 305.

84 Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 147. Subcontratación.-

147.1. Se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección o cuando se trate de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

147.2. La Entidad aprueba la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido rechazado.

147.3. No cabe subcontratación en la Selección de Consultores Individuales.

85 En esta línea, la Cláusula 2.2. de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build* dictaminan lo siguiente:

El Subcontratista deberá, en relación con los Trabajos Subcontratados, ejecutar y asumir todas las obligaciones del Contratista bajo el Contrato principal, salvo cuando las cláusulas del Subcontrato dispongan algo distinto, y salvo que el Subcontratista no tenga obligaciones respecto a:

(...)

(x) coordinación general y gerenciamiento del proyecto de los Trabajos Principales.

(...)

86 Hughes, Champion y Murdoch, *Construction contracts*, 305.

- control documentario;
- la administración del libro de obra.

Más allá que el *main contractor* asuma o no directamente prestaciones propias del proyecto, las actividades listadas son mínimos indispensables para la existencia en sí misma de la figura de aquel actor como contratista<sup>87</sup>.

Así, por ejemplo, aun tras haber subcontratado bajo la lógica *back-to-back*, el contratista general debe contar con un equipo propio y exclusivo de planificación, toda vez que tiene la carga de vigilar –en pos de sus intereses propios– que la programación y ejecución de las actividades de sus múltiples subcontratistas no lo coloquen en peligro de atraso crítico frente al cliente. Para tales efectos, los equipos de planificación de la “banda” contractual primaria y de las bandas “secundarias” deberán coordinar constantemente y cooperar entre sí.

El tercer límite al principio de “contrato espejo” se aplica a las situaciones jurídicas que, si bien rigen el cumplimiento del contratista principal, son legalmente indisponibles por este. Ejemplo de ello son las obligaciones personalísimas, así como ciertas calidades legales específicas.

En este sentido, y solo a manera de ejemplo, el *main contractor* puede contar con la titularidad indelegable sobre algunas licencias y autorizaciones relativas al sitio (como la licencia de edificación), el cumplimiento de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, el pago de tributos, la necesidad de firmas de ingenieros colegiados por sus entregables técnicos que –aun cuando proporcionados por el subcontratista– deben ser presentados al cliente para su aprobación.

Bajo la legislación peruana, el contratista general no estará en aptitud legal de transferir semejantes titularidades legales a los subcontratistas. Empero, el contratista general podría<sup>88</sup> encomendar internamente la responsabilidad en la producción y suscripción del expediente técnico-documental a entregarse para obtener, por ejemplo, títulos habilitantes, así como de los tiempos asociados a dicha producción, presentación, subsanación de observaciones y aprobación de aquellos títulos.

Otro ejemplo. Si el contratista principal “MC” es a la vez concesionario del Estado, podría adoptar el estatus legal de poseedor<sup>89</sup> de las áreas de la concesión, en tanto despliega el control fáctico y la explotación económica de tales áreas en interés propio. Empero, si bien el subcontratista llave en mano “S” (en quien “MC” delega la etapa constructiva del proyecto) cuenta con la tenencia fáctica de las áreas de la concesión, aquel ejecutor no ostentará el estatus jurídico de poseedor. Ello se debe a que “S” cuenta con una restricción legal para asumir dicha calidad, en vista que ocupa semejantes áreas por encargo y que no realiza en ellas actividades en interés económico propio.

En efecto, conforme al artículo 897 del Código Civil peruano, “[n]o es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

En el ejemplo apenas planteado, “MC” habrá delegado económicamente la ejecución de un componente del proyecto –etapa pre-operativa– el cual no incluye la transferencia de la posesión, que “MC” *prima facie* ostenta. Desde luego, la indelegabilidad del estatus de poseedor no impide que “S”, quien contará con inmediatez fáctica respecto del sitio, asuma contractualmente, la recepción de áreas, la tenencia, la gestión de la defensa posesoria y las situaciones jurídicas delegables vinculadas a esta (tales como la custodia y seguridad patrimonial)<sup>90</sup>.

87 En esta misma línea, Abbet (*Engineering contracts and specifications*, 237) ha opinado que, en el marco de las hipótesis de subcontratación,

“[e]l contratista principal asume responsabilidad por el gerenciamiento, programación y coordinación del trabajo del subcontratista y el suyo propio. El mencionado elemento es de gran importancia en algunos tipos de trabajo, especialmente en la construcción de grandes edificaciones donde se requiere de muchos tipos de actividades especializadas en etapas específicas de los trabajos.

88 Siempre que lo permitan las circunstancias y el tipo de *project delivery system*.

89 Ello salvo exclusiones contempladas expresamente por el propio sistema legal. Así, el Decreto Legislativo No. 1362, promulgado el 21 de julio de 2018, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, señala en su artículo 21 lo siguiente:

Decreto Legislativo No. 1362. Artículo 21. Contratos de Asociación Público-Privada (...)

21.2 El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de Asociación Público-Privada, directamente o a través de terceros, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de Asociación Público-Privada que recaigan sobre bienes públicos, no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos.

90 En ese sentido, véase la Cláusula 17.1 “Riesgos e Indemnidades del Subcontratista” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos

El cuarto límite al principio de “contrato espejo” reside en el tipo de situación jurídica que, habiéndose originado en el *main contractor*, se coloca en cabeza del subcontratista. En una operación *back-to-back* estándar, el flujo *aguas abajo* suele consistir en obligaciones, responsabilidades y riesgos (todas ellas situaciones jurídicas pasivas) que aseguran al contratista principal el cumplimiento conforme frente al cliente respecto al componente del proyecto encargado.

Contra ello, algunas opiniones han considerado que las situaciones encargadas al subcontratista bajo la regla *back-to-back* son todas aquellas situaciones jurídicas derivadas del estatus de parte que ostenta el contratista principal bajo el *main contract*. En tal sentido, algún autor opina que,

“[e]n términos de contenido, en cuanto transfiere al contrato dependiente, al menos respecto al pago del precio, **el régimen del contrato principal, esta [cláusula] puede adscribirse al género de cláusulas denominadas “de transferencia”, también llamadas *back to back***, realizando aquel fenómeno que, en el lenguaje de los prácticos, recibido en literatura, es denominado “transparencia del contrato”; en particular modo cuando la **transferencia de reglas de un contrato a otro no se limita al aspecto de la contraprestación, sino que asume una dimensión más amplia**, llegando a veces a una casi integral reproducción de la regulación del primer contrato” (Énfasis y corchetes agregados)<sup>91</sup>.

No compartimos esta opinión. El desenvolvimiento estándar del principio de “contrato espejo” no respalda la réplica exacta, en el contrato derivado, de las relaciones jurídicas emanadas de todos y cada uno de los términos y condiciones del contrato base, con relación al tramo del proyecto encomendado. En efecto, pueden existir obligaciones a cargo del contratista principal derivadas de términos puramente comerciales del *main contract*, tales como la cuantificación del precio. Estas situaciones jurídicas comerciales no solo no son materia de duplicación *aguas abajo*, sino que sus detalles ni siquiera suelen ser revelados al subcontratista. En efecto, la negociación del precio del subcontrato concierne únicamente a sus partes<sup>92</sup>.

En esta línea, en el caso *Goodwins, Jardine & Co. v. Brand* (1905) de la jurisprudencia escocesa, se aseveró que

“(…) puede haber otras cuestiones que **concernen únicamente a las relaciones entre el contratista principal y el subcontratista, como, por ejemplo, la tasa de pago entre ellos, la comisión o el descuento**; y nuevamente, cuando se ha producido una demora y existe responsabilidad por la demora, si dicha demora se trasladará al subcontratista. Solo menciono estos como ejemplos de posibles cuestiones entre el contratista principal y el subcontratista que de ninguna manera se encuentran cubiertas por la cláusula de arbitraje, porque afectan solo a estos dos y no cubren las relaciones entre ellos y la Compañía Ferroviaria [el contratista principal]” (Énfasis y corchetes agregados).

Son aspectos comerciales no tocados por la regla de “contrato espejo”: la cuantificación del precio total del subcontrato, la incorporación de algunos eventos penalizables (y su cuantía), la exigibilidad y tasa convenida de intereses moratorios y el mecanismo de solución de controversias aplicable a los conflictos que solo atañen al contratista principal y al subcontratista.

Del mismo modo, parece difícil concebir el *pass-through* “perfecto” de situaciones jurídicas instrumentales que se refieren al procedimiento de activación de los derechos y obligaciones. Pensemos, por ejemplo, en un complejo procedimiento de resolución por incumplimiento que supone notificaciones a la banca.

Otra razón que niega la transferencia virtualmente “transparente” de la universalidad de situaciones jurídicas brotadas de los términos y condiciones del contrato principal, es la existencia del principio de “adecuación”. Pero sobre este punto nos ocuparemos posteriormente.

Conforme al quinto límite del principio de “contrato espejo”, se tiene que el *pass through* puede ceder ante actividades centralizadas –colocadas originalmente a cargo del *main contractor*– que involucren transversalmente diversos alcances subcontratados, siempre que estos sean realizados de manera simultánea por los ejecutores de “banda” secundaria.

*Design-Build.*

91 E. Cicconi “Clausola if and when”. En *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* editado por M. Confortini. Vol. II, (Turín, Italia: UTET, 2019), 992.

92 Consecuentemente, la lógica *back-to-back* estándar en la praxis transaccional no respalda, al punto de teñir de razonabilidad, la conversión del subcontratista en un socio del contratista general que comparte con este último todos los riesgos vinculados al proyecto.

Veamos una ilustración. Imagínese que “MC” subcontrata a los proveedores *back-to-back* “A”, “B” y “C”, para la realización de 3 sistemas “integrales” distintos que confluyen en un mismo proyecto. En tal hipótesis, la obtención de cierto título habilitante requiere la presentación de documentación técnico-legal que debe elaborarse a partir de la ingeniería proveniente a “A”, “B” y “C”. En tal caso, probablemente será “MC” quien, con la provisión de información de sus respectivos subcontratistas, deberá elaborar el expediente requerido para gestionar la referida licencia. En cambio, el principio de “contrato espejo” no parece avalar que “MC” le traslade el 100% de dicha elaboración ni a “A”, “B” o “C”, individualmente considerados.

Ulteriores ejemplos de actividades centralizadas que podría asumir el *main contractor* son las actualizaciones y modificaciones de los cronogramas del contrato principal, la administración del libro de obra, la gestión del tráfico constructivo<sup>93</sup>, la limpieza y seguridad patrimonial del área global del emplazamiento, la contratación de ciertas pólizas de seguro y la gestión del *Building Information Modeling* (BIM). Como repetimos, estas tareas solo pueden ser consideradas como centralizadas cuando resultan inherentes a diversos alcances subcontratados ejecutados efectivamente y de forma simultánea<sup>94</sup>.

En último lugar (pero no por ello el límite menos importante), la autonomía privada, además de introducir la operativa de “contrato espejo”, podría también excluirla parcialmente respecto de algunas situaciones jurídicas *prima facie* permeables a la aplicación del aludido principio. La referida exclusión podría operar en interés tanto del subcontratista como del contratista general. Empero, en este último caso, las cláusulas que sustraigan beneficios que por su naturaleza deberían corresponderle al subcontratista o que le asignen a este último responsabilidades asociadas a prestaciones retenidas por el *main contractor*, podrían generar reacciones adversas por parte del sistema legal.

#### 5.1.5. Iniciativa de las partes del contrato principal en la incorporación del principio de “contrato espejo”

La mayoría de componentes materia de delegación bajo el principio de “contrato espejo” son de iniciativa del contratista principal, en tanto obedecen a sus propios intereses<sup>95</sup>.

No obstante, en ocasiones, clientes interesados en asegurar una mejor tutela de sus propias necesidades podrían comprometer legalmente a su contraparte –el contratista general– a replicar, en el subcontrato, ciertas situaciones jurídicas pasivas (obligaciones, responsabilidades y riesgos) que gobiernan el contrato principal.

En esta hipótesis, en su relación con el contratista principal, el cliente podría incluso reservar su aprobación para el subcontratista específico presentado por el primero hasta quedar satisfecho con los términos introducidos en cada subcontrato<sup>96</sup>.

Un ejemplo de la situación descrita en este acápite se encuentra dado por la siguiente cláusula extraída de la praxis transaccional (e incluida en un contrato principal, lo cual actualmente resulta habitual):

“Las órdenes de compra, órdenes de servicio y subcontratos del CONTRATISTA que excedan el USD \$ 1'000,000.00 deberán contener el derecho de EL COMITENTE a tomar posesión de los bienes o productos de que traten y ocupar la posición contractual y jurídica del CONTRATISTA en caso se resuelva el Contrato por cualquier causa o en caso la orden de compra, orden de servicio o subcontrato respectivo fuera a ser resuelto por incumplimiento del CONTRATISTA, para lo cual se otorgará primero un preaviso a EL COMITENTE a fin de que éste pueda ejercer su derecho de cesión en lugar de la terminación de dicha orden de compra, orden de servicio o subcontrato. Desde ya, el CONTRATISTA manifiesta su consentimiento a tales cesiones, según lo previsto en el artículo 1435, último párrafo, del Código Civil. Una vez aprobado por EL COMITENTE un determinado Subcontratista o proveedor clave, el CONTRATISTA no podrá ceder dicha parte de los Trabajos a otro Subcontratista, ni el Subcontratista subcontratar dicha parte de los Trabajos sin autorización previa y por escrito de EL COMITENTE”.

Un tenor similar puede apreciarse en esta redacción, común en nuestro medio para contratos de concesión bajo la modalidad asociación público-privada (que vendrían a hacer las veces de contratos principales):

93 Esto es, la fijación de turnos de ingreso para los múltiples ejecutores del proyecto.

94 De lo contrario, pasaría a integrar algún alcance individual de los ejecutores del proyecto.

95 En el mismo sentido, Abrahamson, *Engineering Law and the I.C.E. Contracts*, 253.

96 MolinoCahill Lawyers. *Back to back contracts*. Sobre el derecho aprobación de los subcontratistas por parte del ingeniero, véase: Henkin, *Drafting engineering contracts*, 103.

## Cláusulas en Contratos

En todos los contratos, convenios o acuerdos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal se deberá incluir cláusulas que contemplen los siguientes aspectos:

- a) La resolución de los respectivos contratos por la Caducidad de la Concesión.
- b) Que el plazo de vigencia no exceda el Plazo de la Concesión.
- c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE, el Regulador y sus funcionarios.
- d) Incluir una cláusula que permita al CONCEDENTE, a su sola opción, asumir la posición contractual del CONCESIONARIO en dicho contrato, a través de una cesión de posición contractual autorizada irrevocablemente y por adelantado por la tercera Persona, en caso se produzca la Caducidad o Suspensión de la Concesión por cualquier causa, posibilitando la continuación de tales contratos en los mismos términos, y por tanto, la Explotación. Esta opción no será aplicable en los contratos referidos a la prestación de servicios públicos prestados a favor del CONCESIONARIO u otros contratos que celebre el CONCESIONARIO por adhesión.

En caso no se incluya como mínimo, las mencionadas cláusulas precedentes, las obligaciones del CONCESIONARIO no serán oponibles al CONCEDENTE, al Regulador y sus funcionarios.

El CONCEDENTE podrá solicitar al CONCESIONARIO, sin perjuicio de la función supervisora del Regulador, copia de los contratos referidos en la Cláusula precedente dentro de los quince (15) Días de su suscripción.

En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de los contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia alguna sobre la Concesión.

En los ordenamientos del *civil law*, dependiendo de la redacción concreta y de las circunstancias que acompañan al acuerdo, este tipo de compromisos podrían devenir en promesas de la obligación de un tercero. Respecto a esta última figura, el Código Civil peruano dispone lo siguiente:

Código Civil peruano. Artículo 1470.-

Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.

En los casos que nos ocupan, el contratista principal vendría a asumir el rol de *promitente*; el cliente, vendría a ser el *promisario o estipulante*; y el subcontratista se constituiría como un "tercero", ajeno al contrato principal. Por su parte, el hecho prometido estaría dado por la aceptación, por el subcontratista, de las cláusulas predispuestas por el cliente. La identificación de la naturaleza jurídica de esta figura es indispensable para la determinación de su tratamiento jurídico.

## 5.2. Principio de "adecuación"

### 5.2.1. Noción y operativa del principio de "adecuación"

La satisfacción del interés del contratista principal podría requerir que ciertas situaciones jurídicas originadas en el *prime contract* sean replicadas (esto es, transmitidas económicamente) en el subcontrato, aunque no de manera perfecta o mimética, sino buscando su sola compatibilidad<sup>97</sup> con el cumplimiento de aquel. En efecto, las referidas situaciones podrían transferirse al subcontrato con adaptaciones que impliquen, para con el subcontratista, un nivel de rigurosidad mayor o un tratamiento distinto a aquel aplicable al *main contractor* bajo el acuerdo principal.

Ramsey describe esta necesidad para los proyectos en concesión de la siguiente forma:

<sup>97</sup> Siah, "Main contractor's risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract", 3.

(...) puede que se necesite que las disposiciones del contrato de construcción [el subcontrato] que son equivalentes a aquellas [*disposiciones*] del contrato de concesión [el contrato principal] **sean más onerosas que las del contrato de concesión**, por ejemplo, para reflejar los riesgos de la sociedad vehículo inherentes al contrato de concesión (i.e. riesgo del ciclo de vida)<sup>98</sup>. (Énfasis y corchetes agregados)

A la lógica descrita subyace el principio de “adecuación”. El objeto de esta derivación es común a los otros dos principios del *back-to-back*: reducir la exposición del contratista general a *brechas de responsabilidad* (esto es, evitar que aquel retenga contingencias vinculadas a la porción del proyecto que decidió subcontratar) mediante la re-canalización de situaciones jurídicas hacia el subcontratista. Empero, a diferencia del principio de “contrato espejo”, el principio de “adecuación” opera una delegación *aguas abajo* con desviaciones destinadas a proteger y fortalecer la posición del contratista principal. Se trata de una suerte de *flow-down* “imperfecto”, estructurado en interés de aquel ejecutor.

Dicho de otra manera, a la par de colocar al contratista principal en posibilidad de cumplir con el *main contract*, el principio de “adecuación” permite que aquel despliegue una gestión diligente, la cual supone:

- mitigar los riesgos de incumplimiento (en particular, el riesgo de atraso) en el contrato principal;
- reducir las probabilidades de pérdida de derechos, beneficios o remedios jurídicos del contratista principal frente al cliente; y,
- reducir la exposición a reclamos y sobrecostos frente al subcontratista por advenimientos que hallen su origen en la relación con el cliente.

En síntesis, la regla evaluada asegura la satisfacción del interés del *main contractor* en el cumplimiento idóneo y oportuno del proyecto, a la par que asegura la tutela de su propia esfera patrimonial.

El principio de “adecuación” requiere una redacción analítica del subcontrato<sup>99</sup>, esto es, una cuidadosa labor de identificación, distribución y seguimiento de riesgos asociados al componente del proyecto encomendado *aguas abajo*.

Finalmente, debemos señalar que el principio que nos ocupa genera consecuencias onerosas tanto en la negociación como en la redacción del subcontrato. Empero, naturalmente ello no es suficiente para descartar su aplicación, pues el costo de hacerlo podría ser superior a los costos de transacción que supone su acogimiento.

### 5.2.2. Aspectos frecuentemente delegados al subcontratista bajo el principio de adecuación

Bajo su primera derivación, el principio de “adecuación” –a diferencia de lo que aconsejaría el principio de “contrato espejo”– se opone a la replicación simétrica, perfecta o “transparente” en el subcontrato de las duraciones de las actividades y de las fechas-fin correspondientes a los hitos de cumplimiento<sup>100-101</sup> del proyecto. En cambio, la “adecuación” apunta a la compatibilidad entre la ejecución del subcontrato y el cumplimiento con holgura de las fechas máximas (parciales y final) correspondientes a los hitos de cumplimiento del contrato principal.

Lo apenas mencionado presupone que el cronograma línea base del contrato principal cuenta con fechas máximas para la culminación de ciertos hitos. Superados tales plazos, el *main contractor* podría asumir consecuencias patrimoniales adversas<sup>102</sup> tales como la aplicación de penalidades. En tal contexto, sería inadecuado que el subcontrato duplique, para los hitos de cumplimiento subcontratados, exactamente las fechas máximas fijadas en el contrato principal para tales hitos. Si ello ocurriese así, el contratista principal quedaría expuesto (i) a que el subcontratista le ocasione atrasos críticos<sup>103</sup>; (ii) a las dificultades para aplicar oportunamente las medidas preventivas y correctivas que corresponda contra el ejecutor

98 Ramsey, V.; Minogue, A.; Baster, J.; O'Reilly, Construction Law Handbook, 40.

99 Véase, al respecto, el numeral 8 del presente trabajo.

100 A pesar de ello, el cronograma del subcontrato *back-to-back* no podrá desligarse del todo de aquel incorporado en el nivel contractual superior, sino que debe necesariamente tenerlo como referente.

101 En ese sentido, también la Cláusula 8.2 “Tiempo para la Culminación del Subcontrato” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, le fijan un tiempo específico al subcontrato que no necesariamente se duplica con el tiempo al que está sometido el contratista principal bajo el acuerdo que lo vincula con el cliente.

102 Como se sabe, los remedios legales asociados a dicho atraso imputable son principalmente la responsabilidad civil, las penalidades y la resolución por incumplimiento.

103 Evidentemente, ello sin perjuicio del monitoreo, control y seguimiento que pueda efectuar el contratista general.

secundario incumplidor; (iii) a la falta del tiempo mínimo indispensable para la revisión y control previo de los entregables subcontratados.

En este orden de ideas, antes que replicar miméticamente en el subcontrato las fechas máximas de los hitos de cumplimiento comprometidos con el cliente, el contratista principal que abraza el principio de “adecuación” puede buscar incorporar diversas especies de “colchones de tiempo” entre los momentos en que recibe tales hitos del subcontratista y el momento en que debe presentarlos frente al cliente. Para tal efecto, el ejecutor intermediario podría tomar una o varias de las siguientes medidas:

- i. Administrar razonablemente la oportunidad de cumplimiento de las actividades delegadas *aguas abajo*. A tales fines, los subcontratos suelen contener
  - a) Un cronograma *línea base* distinto al del contrato principal<sup>104</sup>. Ello con la finalidad de incorporar “colchones de tiempo” que le permitan al contratista general, por un lado, reducir la frecuencia de atrasos globales del proyecto y su exposición patrimonial frente al cliente; y, por el otro, realizar una revisión interna de entregables (o documentación asociada a estos) previo a su presentación al cliente.
  - b) “Programas operacionales de seguimiento”, los cuales reflejan secuencias de actividades más específicas y detalladas, incluyendo hitos de programación más desglosados y previamente inexistentes. Ello con la finalidad de monitorear adecuadamente el desarrollo de las actividades subcontratadas y efectuar los correctivos necesarios oportunamente<sup>105</sup>.
- ii. El contratista principal podría incorporar en el subcontrato cláusulas que obliguen al subcontratista a realizar ciertas actividades con una anticipación razonable, orientada a lograr el cumplimiento oportuno del contrato principal. En caso no fluya del cronograma, la mencionada antelación deberá ser informada por el contratista general, según las circunstancias. Estas flexibilidades permitirán al *main contractor* no solo prevenir atrasos, sino también encargarse de la revisión administrativa de información y entregables recibidos de su contraparte.

Un ejemplo de esta medida se aprecia en la Cláusula 9.2 “Pruebas de Culminación del Contrato Principal” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, conforme a la cual:

“En la medida en que el Subcontrato especifique o haga referencia expresa a las Pruebas de Culminación del Contrato Principal, se aplicará la Cláusula 9 del Contrato Principal [Pruebas de Culminación]. Salvo por el hecho que **el Subcontratista cumplirá esta Sub-Cláusula con la antelación suficiente para que el Contratista pueda cumplir con sus obligaciones** respecto a las Pruebas de Culminación bajo el Contrato Principal”. (El énfasis agregado es nuestro)

- iii. El contratista principal podría también incorporar –a manera cuantificaciones de días específicos– “colchones de tiempo” entre la oportunidad en que el cliente puede exigirle el cumplimiento de ciertas obligaciones y la oportunidad en que el ejecutor intermediario puede pretenderlas del subcontratista.

En ese sentido, la Cláusula 8.5 de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build* “Informes de Avance del Subcontrato”, acoje la siguiente regla:

Si el Contratista lo solicita, el Subcontratista debe elaborar y remitir informes de avance al Contratista. **Cada informe debe ser remitido no después de los 5 días previos a la fecha de vencimiento para la remisión del informe de avance del Contratista bajo el Contrato Principal**, cuya fecha de vencimiento el Contratista notificará al Subcontratista. Cada informe de avance del Subcontratista deberá incluir detalles tal como se establece en los literales de la (a) a la (h) inclusive, de la cláusula 4.21 del Contrato Principal [*Informes de Avance*] (El énfasis agregado es nuestro)

Como segunda derivada, la “adecuación” podría operar para permitir al contratista principal conjurar, frente al subcontratista, riesgos derivados de advenimientos surgidos en la relación con el cliente que impiden o

104 Véase, al respecto, la Cláusula 8.3 “Cronograma del Subcontrato” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, según la cual el subcontratista elaborará y enviará para aprobación al contratista un cronograma propio.

105 Anzidei (Subcontractors and suppliers, 248), señala al respecto lo siguiente: Proveedores (y subcontratistas) deben conocer en qué lugar encajan en el cronograma CPM y deben estar obligados a proveer sus propios cronogramas detallados que sean compatibles con los requerimientos CPM globales. Estos cronogramas deben contener hitos para monitorear las actividades del proveedor y el proveedor debe producir actualizaciones periódicas o reportes situacionales.

interrumpen la ejecución del proyecto. Se trata de términos y condiciones que sujetan al subcontratista a las eventuales modificaciones (de tiempo en tiempo) que recaigan en el cronograma *línea base* del contrato principal<sup>106</sup>.

Sobre el particular, Bailey explica cómo generalmente el “*stepping down*” de las obligaciones del *main contractor* es una obligación que constriñe al subcontratista a trabajar de acuerdo al cronograma de trabajos del contratista general (bajo el contrato principal), tal como aquel programa se modifique de “tiempo en tiempo”. Y ello sin que el subcontratista se encuentre legitimado a compensaciones adicionales por ninguna prolongación del cronograma del *main contract*, a causa de variaciones en este último<sup>107</sup>.

Con este tipo de pactos, el subcontratista no solo permanece vinculado –sin derecho a renegociar– ante el cambio de los plazos “aguas arriba”, sino que carecería de derechos a proponer reclamos por sobrecostos (directos e indirectos) al *main contractor*. Un ejemplo de cláusula de *stepping down* estaría dado por la siguiente redacción:

“El Subcontratista reconoce y confirma por la presente que es plenamente consciente de que el Cliente puede imponer una variación del programa de trabajo para adaptarse a ciertos requisitos o contingencias del sitio. El Subcontratista deberá, en todo momento durante el período o período extendido del subcontrato, emplear su total y mejor cooperación para dar cabida a dicha solicitud y coordinará completamente los trabajos con el Contratista y los trabajos de los Contratistas de Interfaz para lograr una culminación rápida y sin problemas de los trabajos principales del contrato. El Subcontratista no tendrá derecho a reclamos”<sup>108</sup>.

Ahora bien, cabe notar que subcontratistas suelen aceptar el desplazamiento de fechas derivado de cláusulas como la mencionada solo hasta una fecha máxima razonable, tras la cual recobra vigencia su derecho a proponer reclamos por sobrecostos<sup>109</sup>.

Bajo una lógica afín al *stepping down*, el contratista general podría reservar a su favor *períodos de gracia* acordando que su transcurso no le genere impacto económico o genere solo uno pre-cuantificado. Estos plazos podrían configurarse como poderes unilaterales de suspensión por *conveniencia* a favor del intermediario<sup>110</sup>. Desde luego, este “período de gracia” debería tener un plazo máximo razonable de duración, pues su incorporación en el subcontrato acarrearía impactos para el ejecutor secundario, tales como los costos de *stand by*, los gastos generales y, eventualmente, los costos de movilización/desmovilización.

Como tercera derivación, el principio de “adecuación” apunta a mitigar el peligro de que el contratista general pierda derechos en contratos principales que contengan plazos perentorios para reclamos (*time-bar clauses*). En otras palabras, la citada regla pretende que el *main contractor* conserve su derecho a interponer un reclamo frente al cliente, contando oportunamente con la información técnico-legal necesaria para dirigirlo y sustentarlo.

Smith explica el fenómeno acusado de la siguiente forma:

“(…)en muchos contratos el derecho del contratista principal a reclamar en su totalidad contra el cliente dependerá del cumplimiento de los requerimientos de notificación del contrato principal. Por tanto, esos requisitos de notificación deben reflejarse adecuadamente en el subcontrato. En particular, el contratista principal deberá asegurarse de que no se le impide reclamar en su totalidad contra el cliente por no recibir los detalles necesarios del reclamo del subcontratista a tiempo, mientras sigue siendo responsable ante el subcontratista por el mismo reclamo.

Para evitar tal situación, los contratistas principales deberán asegurarse de que el subcontrato contenga períodos de notificación más cortos que los previstos en el contrato principal, a

106 El evento que detona el riesgo en este caso se encuentra dado por circunstancias imprevisibles para el cliente y para el contratista general. Según cierto autor (Siah, S. Op. Cit., p. 24), la cláusula también podría ser aplicable ante el incumplimiento del contratista principal. Empero, en nuestra opinión, esta afirmación resultaría cuestionable bajo el tamiz del sistema legal peruano.

107 Bailey, Construction law ,1539.

108 Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 22-23.

109 Los reclamos podrían estar asociados a costos, gastos generales, utilidades, actualización de precios y riesgo cambiario. Estas pretensiones frecuentemente deben ser canalizadas través del procedimiento de *condicionamiento en cascada*.

110 Estas prerrogativas le permitirán a aquel administrar de forma idónea, a fines del cumplimiento del *main contract*, las consecuencias de eventos no imputables (tales como eventuales atrasos del cliente o eventos imprevisibles), circunstancias cuya imputabilidad es difícil de esclarecer e incluso incumplimientos de otros subcontratistas *del main contractor*.



fin de garantizar que el contratista principal tenga tiempo suficiente para transmitir la notificación de reclamo de un subcontratista al cliente (...)”<sup>111</sup>.

Detallaremos la hipótesis anterior valiéndonos de un ejemplo. “C” cuenta con la facultad de aplicar una *time-bar clause* que determina la extinción de los reclamos de “MC” por la inacción de este último fuera de los 45 días posteriores a la revelación del evento gatillador del *claim*. En este escenario, “MC” podría tener interés en replicar en su subcontratista “S” una *time-bar clause* con un plazo menor (quizás de 25 días). Ello a efectos de que “MC” conserve un “colchón de tiempo” administrativo que le permita (i) tomar conocimiento oportuno del reclamo de “S”; (ii) verificar los hechos para establecer que el reclamo no es manifiestamente infundado, (iii) elevarlo a “C”; y, en todo caso, (iv) asegurarse que si “MC” pierde su derecho a reclamar a “C” por la demora de “S”, este último habrá también perdido su derecho propio a reclamar a “MC”<sup>112</sup>.

Otra consecuencia del principio de “adecuación” podría estar dada por la necesidad del contratista principal de mantener la disponibilidad (cuando el cliente se lo requiera) de ciertas prestaciones del subcontratista. Esta necesidad aflora, por ejemplo, ante las garantías post recepción o ante el acompañamiento en la puesta en marcha de un sistema subcontratado.

Ilustraremos lo mencionado con la siguiente hipótesis: “MC” subcontrata a “S” para el diseño, suministro e instalación de un sistema de bandejas metálicas portables (cablevías) para las diversas tecnologías de una línea de metro. Según el cronograma del subcontrato, “S” terminará sus trabajos en diciembre del 2020. Empero, la puesta en marcha y recepción de la línea por “C” ocurrirá en diciembre de 2021. En tal caso, bajo los términos del *main contract*, “MC” debe garantizar los componentes instalados del proyecto (incluyendo las cablevías) por dos años computados desde la recepción de la línea por “C”, esto es, desde diciembre de 2021 hasta diciembre de 2023.

En tal caso, “MC” precisará no solamente trasladar bajo condiciones *espejo* a “S” las garantías por vicios existentes en las bandejas. Además de ello, bajo el principio de *adecuación* “MC” deberá (i) o haber negociado desde su origen un período de garantía que se computará desde diciembre de 2020 hasta diciembre de 2023 o, alternativamente, (ii) haber acordado que el período de garantía de las bandejas se compute desde 2021 (esto es, que comience a correr 1 año después de que “S” culminó sus trabajos)<sup>113</sup>. En ambas circunstancias, la lógica subyacente residirá en que si “C” aplica la garantía sobre las bandejas a “MC”, esta última pueda dirigirse a “S” para trasladarle la remediación que haga falta.

Sobre esta materia, la Cláusula 11.2 “Período de Notificación de Defectos del Subcontrato” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build* propone la siguiente solución:

El Período de Notificación de Defectos del Subcontrato (...) transcurrirá **a partir de la fecha en que se haya recibido la totalidad de los Trabajos del Subcontrato (...) hasta la fecha de vencimiento del Período de Notificación de Defectos aplicable a las Obras Principales** o la Sección o parte de las Obras Principales de las que forman parte la totalidad de las Obras Subcontratadas. (El énfasis agregado es nuestro)

La quinta derivación del principio de “adecuación” se opone a la duplicación irreflexiva, en el subcontrato, de los límites de responsabilidad civil genérica del contrato principal. Esta resistencia tiene como objeto evitar que el contratista principal asuma *brechas de responsabilidad* ocasionadas por incumplimientos imputables al subcontratista. Y es que el contratista principal no siempre estará en posición de afrontar tales brechas mediante una suma agregada de responsabilidad potencial proveniente de todos sus subcontratistas. Ello en la medida que, por un lado, normalmente es uno solo de estos subcontratistas el que causa el daño significativo al *main contractor*<sup>114</sup>; y, por el otro, los diversos ejecutores derivados no son solidarios entre sí.

Ejemplificaremos las *brechas de responsabilidad* acusadas mediante un ejemplo. “C” y “MC” celebran un contrato de inversión para la implementación de una planta de molienda de clínker por un precio total de USD \$ 50'000,000.00, fijándose una penalidad fija por la no obtención oportuna del hito final igual al 10% del monto total del contrato (esto es, USD \$ 5'000,000.00). Asimismo, se estipula como límite de responsabilidad civil general por atraso debido a culpa leve de “MC” el 10% del monto total del contrato

111 Smith, *Back-to-back contracts*.

112 Naturalmente, en el caso expuesto, “MC” podría debilitar su pretensión consistente en aplicar la *time-bar clause* a “S” luego de los 25 días en caso “MC” gestione a nombre propio –frente a “C”– el reclamo que *a priori* habría correspondido a “S” y, de esta forma, “MC” dé los primeros pasos para obtener un beneficio injustificado.

113 En cualquiera de ambos casos el impacto comercial será bastante alto en el subcontrato (si acaso “S” está dispuesto a aceptarlo).

114 Zons, “The Minefield of Back-to-Back Subcontracts”, 14. En el mismo sentido: Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 26.

principal (monto igual a la penalidad).

“MC” subcontrata llave en mano a “S” por un precio total ascendente a USD \$ 10'000,000.00. Inspirado en el principio de “contrato espejo”, “MC” replica en “S” el límite de responsabilidad de 10%, pero aplicando dicho porcentaje al monto total del subcontrato. De esta forma, el límite de responsabilidad genérica bajo el subcontrato asciende a USD \$ 1'000,000.00.

Es el caso que “S” se atrasa en el cumplimiento del subcontrato por culpa leve, ocasionando el atraso de “MC” en hito final penalizable del contrato principal. Consecuentemente, “C” le aplica a “MC” la penalidad de USD \$ 5'000,000.00, llegando al límite de responsabilidad establecido en el contrato principal.

En tal hipótesis, “MC” se verá imposibilitado de re-colocar en “S” el impacto total de su incumplimiento (la penalidad aplicada por USD \$ 5'000,000.00), pues hallará que el límite de responsabilidad introducido en el subcontrato –e inspirado en la regla de “contrato espejo”– se restringe al 10% del monto total (USD \$ 1'000,000.00). Luego, para el contratista principal, la posibilidad máxima de recuperación respecto a “S” asciende a USD \$ 1'000,000.00. En síntesis, existirá una brecha USD \$ 4'000,000'00 que “MC” se verá imposibilitado de recuperar del subcontratista incumplidor, por no haber adaptado correctamente los límites de responsabilidad civil genérica bajo el subcontrato.

En el caso apenas narrado, el principio de “contrato espejo” no será suficiente para proteger adecuadamente a “MC” por una razón adicional: la replicación mimética –en el subcontrato– de la penalidad por no obtener la culminación del proyecto no será apta para compensar los daños propios de “MC” (distintos al monto de la pena aplicada por “C”) o los daños en los otros ejecutores del proyecto por los que “MC” deberá responder<sup>115</sup>.

En este orden de ideas, en la redacción del subcontrato<sup>116</sup>, el contratista general podría desear gobernar las consecuencias de la penalización del cliente mediante el principio de “*adecuación*”. Esta última regla operativa aconsejaría:

- (i) No introducir en el subcontrato límites de responsabilidad (al menos no para el incumplimiento materialmente penalizable) aritmética o porcentualmente simétricos a los del contrato principal. En cambio, la eventual limitación debería estar en función al peligro de incumplimiento del *main contract* al cual el subcontratista expone a su contraparte.
- (ii) Incorporar en el subcontrato remedios (tales como cláusulas penales o indemnidades<sup>117- 118</sup> pasibles de ser imputadas a alguna garantía financiera) destinados a trasladar al subcontratista la totalidad del impacto económico de su incumplimiento esencial.
- (iii) Permitirle al contratista principal hallar compensación por los daños propios (distintos a los del cliente, englobados en la pena aplicada).

La sexta derivación del principio de “*adecuación*” se asocia al desarrollo efectuado en el numeral 5.1.b) del presente trabajo.

En aquel punto nos referimos a indemnidades en los esquemas *back-to-back* y a su posible invocación bajo el principio de “contrato espejo”. Pese a lo dicho, lo cierto es que resulta mucho más frecuente que, atendiendo al principio de “*adecuación*”, los contratistas generales incluyan en los subcontratos cláusulas de indemnidad específicas. Estos pactos, en vez de replicar miméticamente las indemnidades del contrato principal, les otorgan a los ejecutores intermediarios cobertura ante cualquier evento de responsabilidad del subcontratista que repercuta negativamente en el cliente. Se trata, como alguno ha señalado, de una “reafirmación de las obligaciones del subcontratista bajo la forma de

115 Considerando también que un atraso relativamente corto en la culminación oportuna del subcontratista puede generar atrasos y gastos en el contratista principal. En ese sentido: Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 1356.

116 Ante estos hechos, para “MC” resulta claramente preferible tomar previsiones diligentes en la programación para evitar el atraso penalizable de “MC” causado por “S”.

117 Si ello ocurre, “MC” probablemente solo podrá aplicar la indemnidad ante la aplicación efectiva de la penalidad por el cliente.

118 En ese sentido, la Cláusula 8.7 de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, establece un límite de responsabilidad divergente entre el contrato principal y derivado:

Si el Subcontratista no cumple con la Sub-cláusula 8.2 (Plazo de Finalización del Subcontrato) y este incumplimiento provoca o contribuye a que el Contratista no cumpla con la Cláusula 8.2 (Plazo de Finalización) del Contrato principal, el Contratista, sujeto a la Subcláusula 3.3. (Reclamaciones del Contratista en relación con el Subcontrato), tendrá derecho a deducir daños por la demora del Precio del Subcontrato a causa de este incumplimiento. **La responsabilidad del Subcontratista ante el Contratista por el atraso de los Trabajos Subcontratados se limitará al monto que figura en el Apéndice de la Oferta del Subcontratista** (El énfasis agregado es nuestro).

indemnidad<sup>119-120</sup>.

Como séptima derivación del principio de “adecuación”, podría formar parte de una canalización “imperfecta” hacia el ejecutor de *banda* inferior la sujeción que asume el contratista principal frente a su cliente con relación a las variaciones del contrato principal que recaigan en la parte subcontratada del proyecto.

Decimos que la transmisión *aguas abajo* será “imperfecta” pues, si bien el subcontratista debe quedar sujeto a la ejecución de tales variaciones, con toda probabilidad su introducción iniciará un procedimiento de negociación de las consecuencias comerciales (tiempo y presupuesto) del cambio en el subcontrato, las cuales no necesariamente serán iguales a las consecuencias de la variación incorporada en el *prime contract*.

Finalmente, principio de “adecuación” se manifiesta ante escenarios de resolución del *main contract*. Y esto ocurre más allá de la incorporación de la resolución del acuerdo principal como causal de resolución del subcontrato (como aconsejaría el principio de “*contrato espejo*”).

En efecto, no debe perderse de vista que la resolución efectiva del contrato base suele ser la consecuencia final de un procedimiento cuyo transcurso puede tomar no escaso tiempo y que antes de su culminación (o incluso después), el contratista principal podría requerir mantener vigentes los contratos con ciertos subcontratistas. Con ello en mente, antes que limitarse a replicar “perfectamente” las hipótesis de resolución en el subcontrato, el contratista principal podría desear, tras el inicio del procedimiento de resolución del contrato base, contar con flexibilidad para desvincularse de sus subcontratistas antes o después de la fecha efectiva de resolución de dicho contrato, según le resulte conveniente. De este modo, el ejecutor primario quedaría habilitado para mantener temporalmente los vínculos que requiera el saldo del proyecto o, en caso contrario, para negociar con los subcontratistas una desvinculación en términos favorables y mitigar los daños asociados a la finalización del proyecto.

Por ejemplo, si en el *main contract* el procedimiento de resolución extrajudicial tarda 4 meses en hacerse efectivo, “MC” podría introducir en el subcontrato una cláusula que determine que el mero inicio de dicho proceso será causal para la resolución, a discreción del contratista general, del acuerdo derivado, con un preaviso mínimo de 60 días. Esto le permitirá a “MC”, quien ya cuenta con un horizonte fijo de continuidad del proyecto, planificar convenientemente las actividades delegadas que resulte indispensable mantener para culminar idóneamente (sin ineficiencias) la relación con su cliente. Así, “MC” podría desvincularse anticipadamente de ciertos subcontratistas y mantener a otros (los “indispensables”) hasta la fecha efectiva de finalización del proyecto (o incluso luego de esta fecha, de ser necesario).

Un razonamiento análogo podría plantearse respecto a ciertas hipótesis de suspensión del contrato principal.

### 5.3. Principio de “condicionamiento en cascada”

#### 5.3.1. Noción y operativa del principio de “condicionamiento en cascada”

Los principios de “contrato espejo” y de “adecuación” se refieren primordialmente a la transmisión económica de situaciones jurídicas pasivas que, tras haber sido originalmente asumida por el contratista principal en su relación con el cliente, son replicadas de manera “perfecta” o “imperfecta” (o delegadas económicamente) en el subcontratista.

A diferencia de esto, por el “condicionamiento en cascada” el contratista principal replica económicamente, a favor del subcontratista, derechos, facultades y/o remedios legales (situaciones jurídicas activas) que el primero asume originalmente en virtud del contrato principal. Se trata, como podrá anticiparse, de situaciones jurídicas asociadas a la porción subcontratada del proyecto.

Ahora bien, la referida operativa dictamina que –en el subcontrato– el ejecutor de segundo nivel solo ostentará situaciones jurídicas activas frente al *main contractor* si (y, frecuentemente, en el mismo *quantum*) se configuraron similares situaciones para el *main contractor* bajo el contrato base. Se trata de advenimientos cuyo reconocimiento depende del cliente, quien no tiene una relación contractual con el ejecutor secundario<sup>121</sup>, o defecto de ello, del reconocimiento de la situación activa por un tribunal.

119 Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 1360.

120 Es importante precisar que este tipo de cláusulas no están diseñadas para trasladar al subcontratista riesgos asociados a la culpa exclusiva del ejecutor principal.

121 Siah, “Main contractor's risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 32.

Una operativa similar a la descrita acogida en la Cláusula 2.4 “Derechos, Facultades y Remedios bajo el Contrato Principal” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*:

“El Subcontratista tendrá derechos, beneficios y remedios similares a los que el Contratista tiene bajo el Contrato Principal respecto a las Obras Subcontratadas y el Contratista tomará todos los pasos razonables para obtener del Cliente (incluyendo el Ingeniero) tales derechos, beneficios y remedios (...)”.

El funcionamiento del “condicionamiento en cascada” puede ser explicado con la ayuda del siguiente ejemplo. El subcontrato que vincula a “MC” y a “S” dictamina que el reconocimiento de una huelga como evento de fuerza mayor se producirá si (y sólo si), en el contrato principal, “C” reconoce a favor de “MC” que dicha huelga fue efectivamente una genuina causal de fuerza mayor. Solo una vez constatado este reconocimiento, el contratista principal deberá calificar a la huelga en cuestión evento como causa no imputable (bajo el subcontrato). Si no existe reconocimiento (ni siquiera por los tribunales, en defecto del cliente), el contratista no hallará excusa para su atraso.

Como se advierte, parte de la operativa del “condicionamiento en cascada” pasa por no conceder derechos al subcontratista si tales derechos no le han sido concedidos al *main contractor* por el cliente. Las cláusulas del subcontrato establecen que los subcontratistas obtendrán beneficios en la medida que de la “banda” contractual superior emane beneficios semejantes. Se trata de una genuina secuencia de reacciones en cadena, siendo el subcontratista el eslabón final de aquella, quien solo asumirá una situación jurídica activa en caso el eslabón precedente de la secuencia se haya conservado y no quebrado. De esta manera, el contratista principal no retiene *brechas de responsabilidad*, pues no debe reconocer *aguas abajo* derechos que escapan a su recuperación “aguas arriba”.

Bailey se refiere a la operativa descrita con ocasión a las cláusulas de *equivalent project relief*, a las cuales relaciona con los proyectos de asociación público-privada. A saber:

Las cláusulas de *equivalent project relief* se utilizan regularmente en proyectos PFI y PPP y establecen, en efecto, que **el derecho de un contratista a una compensación por un evento o asunto**, como la instrucción de una variación, **debe reflejar (ya sea completa o proporcionalmente) y estar limitado por, el derecho de la compañía de propósito especial (SPV) a una compensación por el mismo evento o asunto por parte de la autoridad gubernamental pertinente**, y el derecho del contratista al pago se encontrará condicionado al pago que se realice a la SPV. Las disposiciones de esta naturaleza generalmente se consideran parte integral de la asignación de riesgo entre los participantes del sector privado en un proyecto de IFP o APP. Esto se debe a que el SPV es una entidad de activos limitados, y esta no tendrá (salvo los aportes de su financiador o accionistas) la capacidad de hacer pagos al contratista a menos que y en la medida que la autoridad gubernamental pertinente le procure ingreso de fondos<sup>122</sup>. (Él énfasis agregado es nuestro)

Es menester puntualizar que el principio ahora analizado también está dirigido a evitar que el *main contractor* retenga responsabilidades a consecuencia de la ruptura de la “cadena contractual”. Asimismo, el “condicionamiento en cascada” busca lograr que el contratista intermediario se coloque a sí mismo solo como un “canal formal de tránsito” entre las posiciones del subcontratista y el cliente, determinando que las eventuales pretensiones del subcontratista deban ser dirigidas en última instancia (esto es, de forma mediata) contra el cliente, sin quedar alojadas en el contratista general.

El principio evaluado también podría manifestarse como un parámetro cuantitativo del reconocimiento de derechos a favor del subcontratista. En ese sentido, podría ocurrir que la extensión de las situaciones jurídicas activas que el contratista principal conceda al subcontratista –en el marco del subcontrato– estén supeditadas a (o, al menos, influenciadas por) la extensión cuantitativa de las situaciones activas obtenidas por el *main contractor*, frente al cliente, bajo el contrato principal.

122 Bailey, Construction law.174. Empero, complementa el autor,

(...) en *Midland Expressway Ltd v. Carillion Construction Ltd* se sostuvo que una cláusula de “*equivalent project relief*” en un subcontrato era inexigible porque operaba para evitar que el subcontratista iniciara una adjudicación “en cualquier momento”, como se contempla en el artículo 108 (2) (a) de la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996 (Reino Unido). Posteriormente, los subcontratos de “primer nivel” en proyectos de PFI/APP fueron declarados por ley exentos de la necesidad de cumplir con la Parte II de la Ley de 1996, lo que significa más allá de toda duda que las cláusulas de “*equivalent project relief*” serán efectivas para los contratistas de “primer nivel”.

En similar sentido, Lacal del Val, “Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts”, 14.

Así, en el ejemplo brindado líneas atrás, “MC” y “S” podrían convenir que la cantidad de días excusables (ampliación de plazo) y de costos (directos e indirectos) reconocidos a “S” por la paralización derivada de la huelga se encuentre en función de o tenga como máximo la totalidad de días excusables y costos reconocidos por “C” (o, en defecto de ello, un tribunal) a “MC” por esa misma huelga. Luego, si a “MC” se le otorga solo 15 de 30 días excusables requeridos, “S” tendrá derecho a una ampliación de plazo máxima de 15 días a causa de aquel evento. Desde luego, en este caso, “S”, contando con la colaboración de “MC”, tendrá el derecho a impugnar, por las vías que corresponda, la decisión de “C”. Pero si el resultado de la impugnación le fuera desfavorable, el *quantum* de días excusables habría quedado supeditado al número de días reconocidos por “C”.

Una regla semejante a la ilustrada parece haber sido consagrada por las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, cuerpo normativo que, en su Cláusula 8.4 “Extensión del Tiempo para la Culminación del Subcontratista”, dispone lo siguiente:

El Subcontratista estará legitimado (...) a una extensión del Tiempo para la Culminación del Subcontratista **si y en la medida que** la culminación (...) se vea atrasada por cualquiera de las siguientes causas: (...)

(d) cualquiera de las causas establecidas en la Cláusula 8.4 del Contrato Principal [*Extensión del Tiempo para la Culminación*] (El énfasis agregado es nuestro)<sup>123</sup>

Como último punto, es indispensable señalar que, bajo el principio de “condicionamiento en cascada”, el subcontratista tiene el derecho de liderar, aunque con la intermediación formal del contratista intermediario, la reclamación o pretensión ante el cliente. En efecto, el referido principio presupone que el subcontratista impulse la gestión, sustento idóneo y seguimiento de un reclamo o pretensión enarbolada por el ejecutor secundario interesado.

Ahora bien, podría darse que, ante la inercia negligente del subcontratista, el contratista principal se encargue –asumiendo el rol de gestor de negocios– de sustentar reclamos que a la postre terminarán beneficiando al ejecutor secundario, al estar exclusivamente referidos a las obras subcontratadas. Esto ocurriría si el contratista principal gestiona *motu proprio* y obtiene la concesión de costos indirectos a causa una paralización que afectó preponderantemente a la porción subcontratada del proyecto. En tal hipótesis, sería desproporcionado que el *main contractor* retenga un beneficio obtenido del cliente que no le corresponde, al no haber realizado la inversión asociada a su obtención. Empero, en tal hipótesis, el contratista general podría tener derecho a una compensación por la labor administrativa realizada.

Sobre este punto, los autores que se han ocupado del tema suelen aseverar que, en acuerdos equitativos, las cláusulas de *flow-down* determinan que los derechos y obligaciones derivados del cliente operan en ambos sentidos para el subcontratista (esto es, lo perjudican o lo favorecen) dependiendo de las circunstancias<sup>123</sup>.

### 5.3.2. El principio de “condicionamiento en cascada” y sus niveles de intensidad

El “condicionamiento en cascada” de situaciones jurídicas activas, que impacta en el subcontratista, puede ser “relativo” o “absoluto”. Lo primero ocurrirá si, pese a que el beneficio no se llega a configurar para el *main contractor* bajo el contrato principal, el subcontratista conserva una acción para reclamar a su contraparte. Usualmente esta posibilidad de actuación queda diferida en el tiempo, permitiendo que la regla del “condicionamiento” opere *prima facie* en un tramo de la relación jurídica.

En cambio, el “condicionamiento” es absoluto si, en el subcontrato, la situación jurídica favorable al subcontratista no se genera definitivamente en vista de la ausencia de surgimiento de una situación semejante –favorable al contratista principal– bajo el contrato principal.

Desde la perspectiva del *civil law*, los insumos del “condicionamiento en cascada ‘absoluto’ y ‘relativo’” son dos. Por un lado, las condiciones de eficacia de los negocios jurídicos y, por el otro, los términos de cumplimiento de las obligaciones. Dichas modalidades se refieren a ciertas situaciones jurídicas puntuales del subcontrato y no subordinan la totalidad de sus efectos.

123 Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 10.

En las operaciones *back-to-back*, las condiciones de eficacia supeditan el surgimiento de ciertas consecuencias jurídicas del subcontrato a la verificación de alguno de los siguientes eventos futuros e inciertos: (i) el reconocimiento de la situación activa bajo el subcontrato por el cliente o, en defecto de ello, por un tribunal; (ii) la fijación del *quantum* del derecho reconocido por alguno de tales actores<sup>124</sup>. En cambio, el término de cumplimiento subordina solo la exigibilidad, por el subcontratista-creedor, de un débito preexistente y firme. De este modo, si dicha exigibilidad no se verifica en una fecha razonable más tardía (determinable por acuerdo de las partes o por los tribunales), el subcontratista podrá pretender con toda certeza el débito a su contraparte contractual.

Reviste importancia ahondar en las diferencias entre el “condicionamiento en cascada absoluto” y aquel “relativo”.

Una asignación de riesgos equilibrada supone que el “condicionamiento absoluto” opere para eventos bajo el control o previsión del subcontratista. En nuestra opinión, esta es la lectura más compatible con las operaciones *back-to-back*. Empero, al tratarse de una cuestión librada a la autonomía privada, no es posible descartar que las partes extiendan tal “condicionamiento” a supuestos ajenos al control o previsión del ejecutor secundario. Semejante pacto requeriría una carga de especificidad y claridad en su redacción; y, para el caso de los contratos estandarizados, no descartamos su colisión con las normas consagradas en el Código Civil peruano.

Como primera ilustración de la operativa del “condicionamiento en cascada absoluto” podríamos señalar el caso de “S” quien, con ocasión al avance físico de los trabajos subcontratados, detecta en el sitio tuberías aparentemente conectadas a una red pública de agua potable en funcionamiento, las cuales no figuraban en los planos entregados por “MC” (quien los obtuvo de “C”). “S” califica a dichas tuberías como interferencias ocultas, las cuales, con arreglo al subcontrato, son de responsabilidad de su contraparte (“MC”); y, según el contrato principal, deben ser *superadas* por el cliente “C”. Se sabe que la implementación de la solución técnica idónea para las presuntas interferencias impactará en la ruta crítica del cronograma de “S” en 90 días. Luego, “S” reclama a “MC” el mismo número de días excusables a manera de ampliación de plazo, con la finalidad de que este último dirija ulteriormente el reclamo a “C”.

Si el subcontrato acoge el “condicionamiento en cascada absoluto”, “S” verá subordinado su derecho a obtener una ampliación del plazo en el subcontrato al hecho de que “C” (o un tribunal) declare que, bajo el contrato principal, las tuberías califican como interferencias y le conceda a “MC” una ampliación de plazo por dicha causal. Si “C” (o el tribunal) determinan que la presencia de las mencionadas tuberías podía ser advertida a partir de los planos proporcionados a “MC” (y que éste trasladó a “S”), entonces el subcontratista no tendrá razón en ninguna de sus pretensiones.

Como segunda ilustración del “condicionamiento absoluto en cascada” podemos citar el caso de las aceptaciones parciales o totales de las obras subcontratadas que se encuentran supeditadas a la aceptación, por el cliente, de los hitos de cumplimiento subcontratados. En esta línea, la Cláusula 10.2 “Recepción de los Trabajos Subcontratados” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build* dictamina que si el subcontratista culminó sustancialmente las obras subcontratadas, y si el subcontrato no estipula nada en contrario, los Trabajos Subcontratados se considerarán recibidos **cuando se haya emitido o se considere emitido un Certificado de Recepción los Trabajos Principales**, o de una Sección o parte de los Trabajos Principales de la que formen parte los Trabajos Subcontratados bajo la Cláusula 10.1 del Contrato Principal. La fecha de recepción de los Trabajos Subcontratados será la fecha indicada en aquel Certificado de Recepción y el Subcontratista dejará de ser responsable del cuidado de los Trabajos Subcontratados (...) a partir de esta fecha.<sup>125</sup> (El énfasis agregado es nuestro).

124 Sin embargo, el hecho de que el beneficio del subcontratista se encuentre condicionado no determina que el contrato sea aleatorio. En efecto, el ejecutor del proyecto frecuentemente tendrá el control y previsión respecto al evento reclamado y, en cualquier caso, ante una decisión arbitraria o irregular del cliente, existirá la posibilidad de que dicho evento sea impugnado ante los tribunales, con la colaboración del *main contractor*. De esta forma, si el contratista no accede al beneficio será porque empíricamente aquel no le habría correspondido si su contraparte hubiese sido el cliente. La excepción a ello se presenta en los procedimientos de pago *pay-if-paid*.

125 Lo mismo ocurre para respecto a la emisión del Certificado de Desempeño aplicable a las obras subcontratadas, conforme a la Cláusula 11.3 [“Certificado de Desempeño”] de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*: “El Certificado de Desempeño aplicable a los Trabajos Subcontratadas será el que expida el Ingeniero en virtud del Contrato Principal. **El cumplimiento de las obligaciones del Subcontratista no se considerará completado hasta que el Ingeniero haya emitido el Certificado de Desempeño al Contratista**, y la fecha indicada en el Certificado de Desempeño en la cual las obligaciones del Contratista bajo el Contrato Principal fueron culminadas será la fecha en que se completaron las obligaciones del Subcontratista en virtud del Subcontrato. Inmediatamente después de recibir el Certificado de Desempeño del Ingeniero, el Contratista enviará una copia al Subcontratista. (El énfasis agregado es nuestro).

(...)

Solo el Certificado de Desempeño se considerará como constitutivo de la aceptación de los Trabajos Subcontratados”.

En este grupo de casos, el “condicionamiento” buscará otorgarle al contratista principal una excepción frente al subcontratista que pretenda la aceptación de sus obras cuando estas no han sido aceptadas por el cliente debido a eventos de cargo del subcontratista. Ahora bien, en estos escenarios, la lógica *back-to-back* estándar no parece avalar que el contratista intermediario pueda proponer aquella excepción si el rechazo del cliente se debe a causas totalmente ajenas al subcontratista, tales como, la eventual existencia de un litigio entre las partes del contrato principal relativo a porciones no subcontratadas del proyecto. Pero el análisis de interesante este problema excede los propósitos de este trabajo y será dejado para una próxima oportunidad.

Pasando al segundo punto de este apartado, nos ocuparemos del “condicionamiento en cascada relativo”. Como se recordará, en estos casos, aun cuando la situación jurídica activa no se llegue a configurar jamás para el *main contractor* bajo el contrato principal, el subcontratista, luego del transcurso de un plazo razonable<sup>126</sup>, conservará el “camino libre” para dirigir una pretensión a su contraparte. En estos casos la “cadena contractual”, pese a soportar en un inicio, termina por romperse, de suerte que, al final del día, el contratista principal debe soportar los riesgos relacionados a la parte subcontratada del proyecto.

El caso paradigmático del “condicionamiento relativo” puede ser hallado en las conocidas cláusulas *pay-when-paid*. En líneas muy generales, si se incorpora el referido pacto en el subcontrato, el acceso a la retribución del subcontratista no solo dependerá de la culminación satisfactoria y aprobada de la valorización de sus avances de trabajo. Además de tales requisitos<sup>127</sup> (cuya presencia es necesaria), la “exigibilidad” del pago se encontrará en función de cierto evento: que, bajo el *main contract*, el cliente –tercero ajeno al subcontrato– desembolse al contratista general la suma que retribuye el progreso de trabajos relativo a las obras subcontratadas<sup>128</sup>.

No obstante, la cláusula *when* se encuentra morigerada por un criterio de equidad inherente a su funcionamiento. Conforme a este criterio, el subcontratista –quien cuenta con una acreencia cierta y firme– no deberá esperar *ad eternum* por el pago del cliente, sino que tendrá derecho a exigir su retribución al contratista principal dentro de un plazo razonable. Y este requerimiento prevalecerá aun frente al impago definitivo del cliente.

Por lo tanto, en los subcontratos con cláusulas de pago *pay-when-paid*, una vez culminado el término más tardío razonable para el cobro del subcontratista, la lógica *back-to-back* perderá terreno, recobrando vigencia la “brecha de responsabilidad” (en cabeza del contratista principal) generada a causa de la ruptura de la cadena de pagos.

Existen, por otra parte, modalidades de “condicionamiento relativo en cascada” introducidas por la autonomía privada, tal como se puede apreciar en la siguiente cláusula empleada por uno de los ejecutores de un proyecto de línea de metro en el Perú:

En caso que:

- a) El Reclamo de Indemnización del CONTRATISTA PRINCIPAL ante el CONCEDENTE no sea resuelto en un plazo máximo de ciento ochenta (180) Días Calendarios desde la fecha de su notificación al CONCEDENTE; o,
- b) El importe otorgado al SUBCONTRATISTA (en aplicación del ratio definido en la Cláusula [\*]) no compense los costos directos del Subcontratista tal como definidos en la Cláusula [\*],

**El Subcontratista podrá elegir notificar un reclamo ante el CONTRATISTA PRINCIPAL con respecto a los mismos acontecimientos o circunstancias, pero limitando dicho redamo a la compensación de**

Apartándose del modelo propuesto, algunos redactores, aun contando con la aceptación del cliente, subordinan la aceptación provisional a la propia anuencia –independiente– del contratista principal bajo el subcontrato. Ello en la medida que esta última podría estar en función de eventos exclusivamente asociados al subcontrato, tales como la acreditación de la liquidación del personal del subcontratista.

126 Es común que el reclamo “dislocado” del subcontratista se encuentre postergado en el tiempo, puesto que inicialmente se aplicará la lógica de la lógica propia de las operaciones *back-to-back*.

127 En efecto, la cláusula desarrollada en este apartado operará siempre y cuando el subcontratista haya cumplido los requisitos legal y contractualmente establecidos para para el acceso a su remuneración, esto es, como mínimo, la ejecución idónea, valorizada y aprobada de los trabajos. En algunas ocasiones, sobre todo en los contratos *back-to-back*, se requerirá también la aprobación de los trabajos por el cliente, con opinión favorable de su supervisión.

128 Ante esta circunstancia surgen interesantes preguntas: ¿Si “MC” logra obtener de “C” intereses moratorios por el pago tardío de “C”, “S” tendría derecho a recibir parte de dicho pago? ¿Tendrá “MC” título para captar dicha suma? Dejaremos el análisis de estas interrogantes para la oportunidad en que evaluemos específicamente la cláusula *pay-when-paid*.

**sus costos directos** según el procedimiento definido en la Cláusula [\*] a continuación (i.e. el Reclamo ante el CONTRATISTA PRINCIPAL). La notificación del Reclamo ante el CONTRATISTA PRINCIPAL será considerada tácitamente y de forma inevitable como una renuncia al Reclamo Integral contra el CONCEDENTE (El énfasis agregado es nuestro).

### 5.3.3. El “escalamiento” de reclamos y pretensiones del subcontratista

En un proyecto de construcción, el subcontratista podría dirigir reclamos o pretensiones por eventos que se originen tanto en su contraparte (el contratista general) como en el cliente (tercero). Resulta crucial discernir entre ambos escenarios, pues solamente aquellos que encuentren su origen en el cliente ingresarán en el ámbito de aplicación del principio de “condicionamiento en cascada”.

Con ello en mente, debe partirse de la premisa que las pretensiones del subcontratista originadas en un evento de riesgo del cliente no serán admitidas espontáneamente por este último (ni por algún tribunal, en defecto de ello). En cambio, la conformidad con tales pretensiones presupone un continuo trabajo de sustentación técnico-jurídica idónea, así como un flujo de información adecuada. Esta gestión previa es un derecho y a la vez una carga del subcontratista. Sin embargo, este último, al no ser contraparte del cliente, carecerá de legitimación formal para –bajo el principio de la relatividad contractual– dirigir la reclamación a su destinatario final. Luego, a tales fines, el subcontratista requerirá contar con la colaboración del *main contractor*.

De esta manera, el funcionamiento del principio de “condicionamiento en cascada” presupone que el subcontratista canalice sus reclamos a través de un procedimiento de “escalamiento”. A través de este último, las pretensiones y reclamos del subcontratista originados en el cliente llegarán –indirectamente y con la mediación del contratista general– hasta el cliente (o incluso hasta algún tribunal), el cual deberá pronunciarse sobre su procedencia.

Es necesario aclarar que el “escalamiento” no se instrumenta a través de una acción directa del subcontratista frente al cliente. Muestra de ello es que, en los modelos de contratos bajo el régimen de las asociaciones público-privadas, normalmente se incluye cláusulas que establecen precisamente lo contrario, esto es, obligan a los concesionarios a incorporar en sus subcontratos la renuncia de acciones de sus subcontratistas contra el concedente:

#### Cláusulas en Contratos

En todos los contratos, convenios o acuerdos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal se deberá incluir cláusulas que contemplen los siguientes aspectos:

**La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE,** el Regulador y sus funcionarios. (El énfasis agregado es nuestro)

En vez de una acción directa, el *escalamiento* contempla la intermediación colaborativa del *main contractor* como gestor de los intereses del subcontratista en el desenvolvimiento de su reclamo o pretensión, a efectos de reconducirlo hacia el cliente. A tales fines, el contratista general “convierte formalmente en suyos” los reclamos del subcontratista, no para reconocerlos a título personal, sino para canalizarlos al cliente bajo el vínculo que los une: el contrato principal.

A mayor detalle, y solo de manera referencial, se puede convenir en que el procedimiento de “escalamiento” se descompone en las siguientes etapas:

- i. **Fase 1.-** El subcontratista identifica (directamente o a raíz de las eventuales comunicaciones provenientes del cliente y transmitidas por el contratista principal) el evento generador del reclamo originado en el cliente. Tras ello, el subcontratista le comunica oportunamente al *main contractor* el reclamo y, posteriormente, le proporciona el sustento técnico-contractual e información prevista en el subcontrato o la legislación para reconducir el requerimiento al cliente<sup>129</sup>.

129 Se aparta de esta regla la Cláusula 10.2 de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, conforme a cuyo segundo párrafo: Si la aceptación de los Trabajos Subcontratos se atrasa por causas que dan derecho al Contratista a reclamar un pago adicional en virtud del Contrato Principal, el Subcontratista, con sujeción a la Subcláusula 20 [Reclamación del Subcontratista], estará legitimado a recuperar cualquier Costo incurrido por el Subcontratista como resultado de dicha demora dentro de los 14 días posteriores a que el Contratista haya recibido dicho pago adicional en virtud del Contrato Principal **o dentro de los 84 días posteriores a la expiración del Periodo de Notificación de Defectos del Subcontrato, lo que ocurra primero** (El énfasis agregado es nuestro).



- ii. **Fase 2.-** Con el *input* mencionado en la Fase 1, el contratista principal interpone, a título personal, la pretensión o reclamo frente al cliente en forma y oportunidad idóneas<sup>130</sup> con arreglo al contrato principal (principio de relatividad). De allí que, en esta fase, el contratista principal es un intermediario o canalizador, que deberá tutelar –en mayor o menor intensidad– los intereses de su contraparte de la “banda” inferior. Esto halla su justificación en el deber de colaboración emanado de la buena fe objetiva<sup>131</sup>.
- iii. **Fase 3.-** En caso se precise el sustento técnico-legal ulterior del subcontratista para complementar, actualizar o modificar la pretensión o reclamo ante el cliente y/o levantar observaciones de este último, el contratista principal se lo requerirá oportunamente al ejecutor de “banda” inferior y éste último tendrá la carga de proporcionarlo tempestivamente.
- iv. **Fase 4.-** En caso la pretensión o reclamo gestionado por el contratista principal sea exitoso, en tanto el cliente (o un tribunal, en defecto de este último) lo admitió, el contratista principal debe atribuir al subcontratista la totalidad o la parte proporcional correspondiente de las situaciones jurídicas activas obtenidas del *main contract* a consecuencia del reclamo “escalado”.

A continuación, pasaremos a ilustrar la operativa del “escalamiento” y sus relaciones con el principio de “condicionamiento en cascada” mediante un ejemplo.

El subcontratista “S” desea cuestionar una penalidad que “C” aplicó al contratista general “MC”, cuyo impacto económico se trasladó a “S”<sup>132</sup>, en tanto el incumplimiento penalizado se originó en las obras subcontratadas. La impugnación de “S” obedece a que, a su juicio, no existió incumplimiento imputable de parte suya. Para tales efectos, “S” deberá primero elevar sus descargos a “MC”; y, posteriormente, “MC”, deberá “hacer suya” la objeción de “S”, con el único objeto de dirigirla hacia “C”. Finalmente, bajo el principio de “condicionamiento en cascada”, solo si “C” (o un tribunal, en defecto de este) acepta la no imputabilidad del evento penalizable y revierte la aplicación de la penalidad a “MC”, este último declarará que, bajo el subcontrato, la penalidad aplicada es ineficaz y realizará la restitución que corresponda.

Ahora bien, una vez que “C” tenga conocimiento de la impugnación de “MC”, podría solicitarle mayor detalle sobre los descargos presentados, a fines de pronunciarse sobre la configuración del evento penalizable. En tal escenario, “MC” estará obligado a trasladar tempestivamente a “S” los requerimientos de “C”, para que aquel pueda actualizar sus descargos iniciales. Finalmente, solo en caso el cliente (o un órgano jurisdiccional) determine la no configuración de la penalidad, “MC” neutralizará su aplicación bajo el subcontrato.

El “escalamiento” propio del principio de “condicionamiento en cascada” inspira también los procedimientos de valorizaciones *pay-when-certified*, ya descritos en el numeral anterior. También en estos casos el contratista principal deberá colaborar y trasladar oportunamente observaciones para que el cliente apruebe las valorizaciones de los hitos de cumplimiento subcontratados. Del resultado exitoso de dicha gestión dependerá el cobro no solo del contratista general, sino también el cobro oportuno del subcontratista.

Ahora bien, el *main contractor* podría decidir no gestionar (o podría no gestionar debidamente) la aprobación por el cliente de las obras subcontratadas, de la cual depende la retribución efectiva del subcontratista. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si el contratista general omite negligentemente trasladar al subcontratista las observaciones que le son comunicadas por la supervisión o el rechazo del cliente. En tales hipótesis, el *main contractor* se encontrará en incumplimiento del subcontrato. Consecuentemente, sus posibilidades de aplicar la cláusula *pay-when-certified* para oponerse a la aprobación y pago directo de las obras subcontratadas podrían verse comprometidas<sup>133</sup>.

130 El contratista principal canalizará esta pretensión ya sea aisladamente o, como suele ocurrir, incorporando reclamos de otros subcontratistas o del propio contratista general.

131 Como se verá más adelante, el contratista principal que recibe el *claim* o requerimiento del subcontratista podría ser titular de una obligación específica frente a este último: realizar todo lo que esté a su alcance razonable para que el cliente acepte el reclamo o conceda los derechos solicitados por el subcontratista en la extensión requerida.

132 Ya sea mediante el sistema de responsabilidad civil o, más probablemente, mediante alguna cláusula de indemnidad incorporada en el subcontrato.

133 Mención aparte amerita los reclamos de compensación por responsabilidad de los subcontratistas por eventos originados en el cliente, cuando estos son *mediatizados* por el contratista principal. Esta es una hipótesis compleja en la que abundan paradojas, tales como la contradicción existente entre la regla de *condicionamiento en cascada* y la *certeza* que el contratista principal requiere para reclamar exitosamente un daño propio. Esta compleja hipótesis requeriría un desarrollo autónomo, el cual escapa a los propósitos de las presentes líneas.

5.3.4. *La posición del contratista general bajo el prisma del principio de “condicionamiento en cascada” y del procedimiento de “escalamiento”*

En la praxis transaccional existen dos modelos que describen el nivel de involucramiento del contratista general en la operativa del procedimiento de “escalamiento” de reclamaciones y pretensiones del subcontratista. A saber, se trata de la “colaboración tenue” y la “colaboración intensa”.

El primer modelo supone una “colaboración tenue” del ejecutor intermediario y, consecuentemente, un protagonismo casi total del subcontratista en el “escalamiento.” En estas hipótesis, el subcontratista se encargará de la gestión de sus propias pretensiones y reclamos (incluyendo el sustento técnico-legal, la complementación de información y levantamiento de observaciones provenientes del cliente o de su supervisión). Según este modelo es el subcontratista quien lidera el “escalamiento” en todas sus etapas, pudiendo incluso llegar a definir la oportunidad y el medio para formular la reclamación, definiendo la estrategia jurídica y técnica, contratando los abogados y peritos que requiera y, por supuesto, asumiendo los riesgos de los resultados de la reclamación.

En este escenario, el contratista general deberá únicamente “prestar su nombre” para el buen fin de las pretensiones del subcontratista frente al cliente (frecuentemente, enmarcadas en una controversia arbitral)<sup>134</sup>. Es decir, pese al liderazgo del ejecutor secundario, el contratista principal será quien interpondrá, a título personal, la pretensión o reclamo frente al cliente en forma y oportunidad idóneas con arreglo al contrato principal. Con todo, en la “colaboración tenue”, el *main contractor* viene a ser poco más que una “mesa de partes”, cuya función primordial es “prestarle” al subcontratista la legitimación formal propia de su estatus de parte frente al cliente (bajo el principio de relatividad), y así redirigir a este los requerimientos del subcontratista que hallen origen en las obras subcontratadas.

La colaboración “tenue” suele ocurrir cuando el *main contractor* carece totalmente o tiene escaso interés financiero en el reclamo del subcontratista<sup>135</sup>.

El segundo modelo considera una “colaboración intensa” del contratista general en el procedimiento de “escalamiento” de reclamos. Este esquema reconoce que el resultado exitoso de la gestión –frente al cliente– de los intereses del subcontratista dependerá tanto de la idoneidad y solidez del sustento técnico-legal del subcontratista como de los esfuerzos permanentes (con los recursos a aquellos asociados) del contratista general.

Nos explicamos. La segunda tendencia también presupone una iniciativa del subcontratista. Empero, en esta hipótesis, el contratista principal que recibe el *claim* o requerimiento de la “banda” inferior, será titular de diversas obligaciones frente al ejecutor secundario, las cuales podrían consistir, genéricamente, en

- realizar todo lo que esté a su alcance razonable –incluso asumiendo costos económicos a tales fines– para que el cliente acepte el reclamo o conceda los derechos solicitados por el subcontratista en la extensión requerida; y,
- no obstaculizar ni debilitar de ninguna forma la pretensión o reclamo del subcontratista, ni siquiera con la ejecución de aspectos del proyecto ajenos a aquellos subcontratados.

Como se aprecia, bajo el segundo enfoque el contratista general será bastante más que un mero “prestamista de nombre”. En cambio, deberá apoyar y tutelar proactivamente los intereses de su contraparte.

El rol intermedio de canalización que asume el contratista general en el modelo de la “colaboración intensa” hace nacer en aquel actor situaciones jurídicas pasivas específicas, de cara al adecuado funcionamiento del engranaje contractual. A continuación, mencionaremos algunas de las mencionadas situaciones, sin que la lista pretenda ser taxativa. El contratista general deberá:

- “Escalar” oportunamente los requerimientos del subcontratista o, al menos, evaluarlos y no rechazarlos injustificadamente.
- Trasladar inmediatamente al subcontratista las observaciones de la supervisión o del cliente sobre los requerimientos de aquel.

134 Bailey, *Construction law*, 1540.

135 Anzidei, *Subcontractors and suppliers*, 245.

- Apoyar y realizar todo lo que esté a su alcance para potenciar, en la medida de lo razonable, el reclamo del subcontratista.
- Hacer todo lo que está en sus manos para permitir que el subcontratista ejerza una defensa razonable frente a la imputación que pesa indirectamente sobre aquel.
- No entorpecer ni poner en riesgo de ninguna forma el éxito del reclamo del subcontratista.
- Impugnar las decisiones del cliente, que resulten desfavorables al subcontratista, bajo los mecanismos de solución de controversias que resulten aplicables hasta agotar la vía.

A continuación, ilustraremos un ejemplo de redacción del modelo de “colaboración intensa” empleada por uno de los ejecutores de un proyecto de infraestructura:

“La obligación de gestionar en colaboración las reclamaciones abarca todos los procesos administrativos y legales correspondientes, a cuyo efecto el CONTRATISTA GENERAL se obliga a solicitar vía la CONCESIONARIA todas las presentaciones, y a instar y seguir todas las reclamaciones y procedimientos que razonablemente pudieren corresponder, ante el CONCEDENTE, la CONCESIONARIA y/o la Autoridad Gubernamental competente, así como realizar todos los actos necesarios para llevar adelante tales reclamaciones judiciales o extrajudiciales, asumiendo cada Parte la porción de los costos y gastos correspondiente a su respectivo interés en el proceso y/o procedimiento correspondiente”.

La elección respecto a un modelo de colaboración “tenue” o “intensa” del contratista principal depende de diversos factores. Entre estos se encuentra el tipo proyecto, las capacidades de los involucrados para litigar “aguas arriba”, el nivel de sofisticación de estos litigios<sup>136</sup> y, principalmente, del impacto en el proyecto subyacente al reclamo del subcontratista. Este impacto puede ser uno común a ambas partes del subcontrato (por ejemplo, un atraso crítico que configure una causal de resolución del contrato principal) o un privativo (por ejemplo, la aplicación de una penalidad por un incumplimiento de las obras subcontratadas que no lleve a la resolución). En el primer caso, si el contratista principal se comporta como una mera “mesa de partes” que presta su representación formal al subcontratista para redirigir el reclamo al cliente, ello podría terminar siendo nocivo a su propia relación con este último. En palabras de Anzidei:

“Si bien que el contratista general no desea que los problemas no resueltos del subcontratista afecten su cumplimiento, el contratista general debe intentar participar en la resolución de todos los problemas cliente-subcontratista. Esto es necesario tanto para proteger los intereses del contratista general como para asegurarse de que el subcontratista está actuando para resolver los problemas de manera rápida y apropiada. Asimismo, los subcontratistas frecuentemente son menos expertos o hábiles que el contratista general en manejar estos problemas y se beneficiarán de la asistencia del contratista general”<sup>137</sup>.

Con ello en mente, podría concebirse la introducción, en el contrato principal, de ambos modelos de colaboración del *main contractor*, procediendo la activación alternativa de uno u otro en función a si el reclamo o pretensión compromete o no un interés común o uno privativo del subcontratista. La determinación de este aspecto debería quedar en manos del contratista principal.

En general, es recomendable que las partes del subcontrato regulen detalladamente los alcances del involucramiento de cada uno de ellas en el sistema de “escalamiento”. Así, por ejemplo, el subcontratista podría estar interesado en asegurarse que el *main contractor* va a emplear cierto umbral de esfuerzo en cualquier disputa en la que aquel tenga interés<sup>138-139</sup>. Por su parte, el contratista general podría estar interesado en que una colaboración *intensa*, transmisión y defensa del reclamo “aguas arriba” no implique la asunción de responsabilidad directa si el cliente rechaza el reclamo. Finalmente, podría ser controvertido el nivel de esfuerzo exigible al *main contractor* para sacar adelante la pretensión del subcontratista. ¿Es acaso su obligación iniciar un litigio con el cliente en un foro internacional única y exclusivamente para tutelar el interés de un subcontratista específico ante una cuantía patrimonial involucrada media o baja?

136 Los cuales, eventualmente, podrían tratarse de arbitrajes internacionales de inversión.

137 Anzidei, “Subcontractors and suppliers”, 245.

138 Ramsey, *Construction Law Handbook*, 40.

139 Finalmente, debemos puntualizar que una gestión diligente del *main contractor* debe considerar la pluralidad eventual de subcontratistas *back-to-back* con los que se encuentra vinculado. Para cumplir adecuadamente su rol de centralización de reclamos, el contratista principal podría optar por uniformizar los procedimientos de escalamiento de reclamos y pretensiones de los *downstream subcontractors*, estableciendo requisitos y formatos de comunicaciones que estarán destinadas a elevar hacia el cliente.

De no ser así, ¿el subcontratista habrá perdido el derecho ante la denegatoria del cliente o deberá esperar la oportunidad en la que, mediando cierta acumulación de *claims*, le sea exigible al *main contractor* litigar?

La absolución de estos puntos a través de los términos y condiciones del subcontrato será siempre la mejor opción.

Es menester señalar que el *main contractor* podría (i) no cumplir en absoluto con cualquiera de las manifestaciones de la colaboración a su cargo o bien (ii) podría cumplir con dicha obligación de forma inoportuna, incompleta o irregular. En cualquiera de estas hipótesis, el contratista principal habrá transgredido obligaciones o, en ausencia de una disciplina consensuada específica, obligaciones derivadas de la buena fe. Consecuentemente, el subcontratista podrá aplicar los remedios jurídicos asociados al incumplimiento del crédito contractual<sup>140</sup>.

Finalmente, es pertinente mencionar que el “escalamiento” presupone siempre la iniciativa y proactividad del subcontratista en la gestión de sus propios intereses asociados a la parte del proyecto encomendada. En ese sentido, resulta disfuncional y problemático que sea el contratista principal quien, bajo el sistema *back-to-back*, inicie la gestión de pretensiones y reclamos relacionados a las obras subcontratadas y, solo posteriormente, pretenda involucrar al subcontratista en un procedimiento en vías de ejecución. En realidad, la mejor práctica es que el subcontratista tome la iniciativa en las hipótesis de esta naturaleza.

### 5.3.5.Límites al principio de “condicionamiento en cascada”

La aplicación del principio de “condicionamiento en cascada” y la regla del “escalonamiento” – cuenta con límites de diversa índole. A continuación, nos referiremos a algunas de tales cortapisas.

En primer lugar, el subcontratista no deberá (ni podrá) seguir el procedimiento aludido ni obtener la conformidad del cliente para interponer reclamos y pretensiones que hallen su fuente en un evento exclusivamente imputable a su contraparte (el contratista general) o a terceros que pertenezcan a la esfera de responsabilidad de esta última (tales como los subcontratistas, proveedores o consorciados del contratista general).

En tales casos, la cláusula que introduzca en el subcontrato la necesidad de aprobación del cliente ante un evento imputable al contratista principal estaría disponiendo un genuino imposible lógico y jurídico.

Una segunda cortapisa al principio de “condicionamiento en cascada” se encuentra dada por la posibilidad de que el subcontratista aplique remedios jurídicos legalmente imperativos en el marco del subcontrato. Nos referimos a remedios tales como la nulidad, la anulabilidad<sup>141</sup>, la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación<sup>142</sup>, la lesión<sup>143</sup> y –en contratos estandarizados– la prohibición de cláusulas abusivas<sup>144</sup> o irrazonables<sup>145</sup>.

Estos mecanismos legales favorables al subcontratista –en su calidad de parte contractual– no pueden ser limitados, en contra de la parte legitimada a activarlos, por una modalidad que haga depender su aplicación de la concesión por un tercero. En otras palabras, no será legalmente admisible requerir el reconocimiento

140 Anzidei (“Subcontractors and suppliers”, 244) considera que el contratista general que actúa de mala fe en este extremo podría ser el destinatario final de la reclamación del contratista:

[u]n contratista general puede perder el beneficio de ciertas defensas si no ha ejecutado idóneamente sus obligaciones. Por ejemplo, un contratista general puede no estar facultado para confiar en cláusulas exoneratorias (tales como la “no damages for delay” o la “pay when paid”) si las propias acciones del contratista general evitaban la recuperación del subcontratista en sus reclamos pass-through.

141 Por su parte, Lacal del Val, “Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts”, 22, precisa que el sistema de condicionamiento de la legitimación del subcontratista tiene sentido si los eventos imputables al contratista general se encuentran exceptuados del mencionado condicionamiento.

Código Civil peruano. Artículo 218.-

Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

142 Código Civil peruano. Artículo 1444.-

Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

143 Código Civil peruano. Artículo 1453.-

Es nula la renuncia a la acción por lesión.

144 Código Civil peruano. Artículo 1398.-

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

145 Código Civil peruano. Artículo 1444.-

En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

del cliente (o de un tribunal, en defecto de este) para que el subcontratista active remedios imperativos y/o de orden público bajo el subcontrato.

Finalmente, el “condicionamiento en cascada” presupone lógicamente que la regulación contractual del subcontrato de la que brota situaciones jurídicas activas favorables al subcontratista tenga un correlato en el contrato principal. Solo si ello ocurre, será factible para el subcontratista iniciar el procedimiento de “escalamiento” con miras a obtener un resultado exitoso. En palabras de Lacal del Val,

(...) “ese sistema sólo funciona si, con respecto a todos los eventos a los que se aplica el régimen *pass-through*, las regulaciones de ambos contratos son sustancialmente idénticas. Si un subcontratista tiene un derecho en virtud del subcontrato, las condiciones que rigen el derecho correspondiente en virtud del contrato deben ser iguales. Tomando el ejemplo de fuerza mayor, digamos que un subcontratista tiene derecho, en virtud del subcontrato, a obtener algún alivio derivado de los impactos negativos (no causados por el subcontratista) en el sitio. El sistema *pass-through* solo funcionará de manera adecuada y justa si, según el contrato (i) los motivos que dan derecho a fuerza mayor incluyen la aparición de impactos negativos en el sitio, (ii) el concepto de “impactos negativos” se interpreta de manera similar en ambos contratos y (iii) la naturaleza y la medida de la reparación que se otorgará es similar en ambos contratos. Cualquier desajuste puede dejar al subcontratista sin una reparación perfectamente justificada, y seguramente buscará cualquier debilidad legal o contractual para desafiar esa situación”<sup>146</sup>.

## 6. La aplicación *mutatis mutandi* en el subcontrato de los principios *back-to-back*

Como se ha visto, en el sistema de contratos *back-to-back*, el cliente replica situaciones jurídicas al contratista principal y este, a su vez, descarga económicamente –con o sin “distorsiones”– su gestión en los ejecutores secundarios del proyecto. Cabe mencionar que la referida delegación económica se efectúa *mutatis mutandi* con relación al subcontrato. El mencionado aforismo latino puede ser traducido como “con los cambios que haga falta”.

Algunos de los cambios indispensables para adaptar el contrato principal al subcontrato pasan por entender las remisiones efectuadas por este último al primero de conformidad con lo siguiente:

- las referencias al cliente o al ingeniero o al supervisor del contrato principal deberán leerse como referencias al contratista principal<sup>147</sup>;
- las referencias al contratista deberán leerse como relativas al subcontratista;
- si las obras subcontratadas se limitan a uno o varios componentes del proyecto encargado bajo el contrato principal, las referencias a los “trabajos” deberán reputarse como limitadas solo a tales componentes subcontratados<sup>148</sup>; y,
- las referencias al sitio o emplazamiento deberán leerse como restringidas al lugar donde se desarrollarán las obras subcontratadas.

Pasaremos a ilustrar los aspectos objetivos de la lógica *mutatis mutandi* en las operaciones *back-to-back*. Así, se asume que “C” y “MC” celebran un contrato *design & build* para la implementación de una obra deportiva en un emplazamiento de 5,000m<sup>2</sup>. “S” recibe un área específica de 800m<sup>2</sup>, proporcionada a su vez por “C” a “MC”, y “S” asume *back-to-back* el diseño y construcción de un moderno coliseo. En tal hipótesis, el alcance de “S” incluye la tenencia, guardiana y limpieza del sitio, entendiéndose a este como el área de 800m<sup>2</sup>. Por lo tanto, es claro que, pese a la incorporación de la lógica *back-to-back*, “S” no deberá encargarse de la seguridad y limpieza de los 5,000m<sup>2</sup> entregados por “C” a “MC”<sup>149</sup>.

146 Lacal del Val. “Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts”, 22.

147 Véase, al respecto, el literal (a) de la Cláusula 1.3 “Interpretación del Subcontrato” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*.

148 En efecto, el subcontratista deberá cumplir las obligaciones del contratista principal única y exclusivamente en lo relacionado a las obras subcontratadas. Dicho de otra forma, en la hipótesis descrita, la lógica *back-to-back* no avala un *flow-down* respecto a riesgos vinculados a aspectos del proyecto que, si bien integran el alcance del contratista general, no forman parte de la porción subcontratada de aquel.

149 Con todo, este fragmento del sitio principal podría estar intervenido simultáneamente por diversos consorciados, subcontratistas y proveedores del contratista principal.

En otra hipótesis, "S" podría haber sido contratado únicamente para implementar el sistema SCADA (Supervisory Control And Data Acquisition)<sup>150</sup> de una planta desalinizadora. Luego, "S" no asumirá bajo el principio de "contrato espejo" obligaciones asociadas a las obras civiles y de arquitectura, las cuales podrían quedar a cargo de "MC" o de algún otro de sus subcontratistas. De esta forma, a pesar de que los documentos contractuales incorporados en el subcontrato de "S" se refieran también a las obras civiles, la común intención de las partes habrá acotado la relevancia de dichos documentos única y exclusivamente a los componentes del proyecto asociados al SCADA.

Otro ejemplo. Pueden existir deberes de "MC" que escapan de la fase constructiva de un proyecto e ingresan total (o preponderantemente) en la etapa de operación comercial. Si bajo la regla *back-to-back*, acogida en un contrato principal, "C" delega a "MC" solo la fase constructiva de un proyecto, las situaciones jurídicas pasivas relacionadas a la segunda fase (operativa) no serán ni asumidas por aquel ("MC") ni tampoco canalizadas "S", aun cuando temporalmente sean exigibles durante la primera fase del proyecto.

En ese sentido, supóngase que una concesionaria DFBOOT ("MC") debe obtener un permiso para distribuir electricidad durante los 40 años de duración de la etapa operativa. Asimismo, considérese que dicho título habilitante es también requerido formalmente para energizar las breves pruebas de comisionamiento<sup>151</sup> que marcan la culminación de la etapa constructiva del proyecto. En tal escenario, salvo una asignación clara y específica a "S" (encargado de implementar el comisionamiento) los principios *back-to-back* no trasladarán la gestión del permiso en cuestión *aguas abajo*. Y es que, bajo la lógica *mutatis mutandi*, semejante actividad exorbita de la parte del proyecto subcontratada a "S", siendo que su realización debe reputarse retenida por "MC".

## 7. Presupuestos del funcionamiento equilibrado de los principios *back-to-back*

No cualquier subcontratación de bloques del proyecto dará lugar a un sistema *back-to-back* equilibrado. Considerar esto al estructurar contratos de construcción reviste elevada importancia si se tiene en cuenta que *per se* la operación económica que nos convoca suele resultar *per se* bastante severa para con los subcontratistas<sup>152</sup>. Luego, la aplicación de la lógica *back-to-back* a componentes que por su naturaleza no deberían verse en ella inmersos podría ocasionar que el sistema jurídico reaccione, ya sea mediante la determinación de una interpretación que privilegie la protección de la parte desfavorecida (tal como ocurre con la regla *contra proferentem*), ya sea mediante la invalidación o inexigibilidad de parte del contenido del contrato.

Con ello en mente, pasaremos a referirnos a algunos de los presupuestos que determinan la razonabilidad comercial de las cláusulas *back-to-back*.

En primer lugar, la transferencia estándar de riesgos de las operaciones *back-to-back* debe girar en torno al bloque de prestaciones encomendado al subcontratista. Por ende, dicha delegación no debería extenderse a actividades, responsabilidad o riesgos (situaciones jurídicas pasivas) total o parcialmente "retenidas" por el contratista principal.

Para explicar lo anterior nos valdremos de un nuevo ejemplo en el que el contratista general "retiene" actividades constructivas, cuyos impactos asociados pretende posteriormente delegar económicamente *back-to-back* al subcontratista.

"C" encarga a "MC" el diseño y construcción de una infraestructura portuaria conforme a cierta ingeniería básica que incluía ciertos requisitos vinculantes para las obras en tierra y marítimas. Posteriormente, "MC" subcontrata a "S" para la ejecución de las obras civiles en tierra. Bajo el subcontrato, "S", quien no contó con acceso a la ingeniería básica del proyecto global, asume únicamente la obligación de ejecutar una ingeniería de detalle elaborada por "MC"<sup>153</sup>. Es el caso que "S" culmina las obras civiles en tierra ajustándose en todo momento a las especificaciones entregadas por su contraparte ("MC"). Empero, ocurre que "C" rechaza las obras civiles entregadas por "MC" (provenientes de "S") por entender *razonablemente* que aquellas se desvían de la correcta interpretación de los requisitos vinculantes de la ingeniería básica.

150 El término SCADA es el acrónimo de *Supervisory Control And Data Acquisition*.

151 Como se sabe, estas pruebas deben emular las condiciones reales de arranque y funcionamiento de la unidad.

152 Fathi Bader, M. "Impact of 'back to back' payment clause on the cash flow of subcontractor in the UAE". Disertación remitida con ocasión al grado MSc en *Construction law & Dispute Resolution de la British University in Dubai*, British University in Dubai, 2013, 72 y ss.

153 En otras palabras, el diseño del subcontrato reflejaba el entendimiento del contratista intermedio respecto a los requisitos vinculantes del contrato principal para las obras civiles.

En el ejemplo, la intervención “MC” en el desarrollo de la ingeniería de las obras subcontratadas determina la ruptura de la “cadena contractual” por causa imputable al contratista principal. En efecto, mientras, por un lado, “MC” no cuenta con acción frente a “S” por las consecuencias del rechazo de las obras civiles por el cliente, por el otro, “MC” deberá aceptar y retribuir completamente los trabajos de “S”, absorbiendo las consecuencias del rechazo del cliente.

En tal hipótesis, la estipulación en el subcontrato “MC” / “S” de términos que transfieren *full back-to-back* a “S” riesgos derivados de las especificaciones técnicas para las obras subcontratadas (que “S” no desarrolló, porque lo hizo “MC”) resultaría desequilibrada e irrazonable. Consecuentemente, en el ámbito de los contratos estandarizados, el sistema contractual podría determinar, para algunas de sus cláusulas, la aplicación de la regla *contra proferentem* (artículo 1401 del Código Civil) o ameritar la invocación de la prohibición de cláusulas abusivas (artículo 1398 del Código Civil) o cláusulas irrazonables (artículo 1399 del Código Civil).

En otras palabras, si el contratista intermediario elabora la ingeniería de detalle o la interpreta (creando especificaciones técnicas “nuevas” para el subcontrato), aquel ejecutor deberá “retener” razonablemente parte del riesgo de diseño. Si, bajo tales circunstancias, el *main contractor* pretende “forzar” la introducción de la operación global *back-to-back* (incluyendo la ingeniería), ello podría colisionar con el sistema legal. El contratista principal es quien se encuentra en mejor posición de asumir el riesgo de los defectos absolutamente indetectables de los requisitos y documentos que él mismo aportó.

En contraste con ello, una subcontratación *back-to-back* razonable debería versar sobre uno o varios sistemas o bloques “integrales” del proyecto esto es, bloques en los cuales el contratista principal no haya retenido –directa o indirectamente– actividades que los componen. En tales casos, el contratista general se habrá comportado como un ejecutor “transparente” para ese cúmulo de situaciones jurídicas, acercando económicamente las posiciones del cliente y el subcontratista<sup>154-155</sup>.

Si el contratista principal introduce la aludida traslación “integral” de situaciones jurídicas, disminuyen las posibilidades de que se considere irregular la asignación global de contingencias vinculadas al componente del proyecto subcontratado *back-to-back*.

Es en este contexto que cobran sentido cláusulas como el numeral 5.1 de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, según la cual:

El Contratista será responsable por la idoneidad de los Requerimientos del Subcontrato, incluyendo, pero sin limitarse, a: (...)

b) la compatibilidad de los Requerimientos del Subcontrato y los Requerimientos del Empleador bajo el Contrato Principal; (...)

En la praxis transaccional, la canalización *aguas abajo* de bloques “integrales” del proyecto suele incluir la obligación del subcontratista consistente en desarrollar la ingeniería de detalle<sup>156</sup>. Así, a manera de ejemplo, podrían ser materia subcontratación *back-to-back* estándar la implementación (desde el desarrollo del proyecto) de obras civiles, obras electromecánicas, sistemas de alimentación eléctrica o de telecomunicaciones, provisión de material rodante y similares<sup>157</sup>. En estas hipótesis, la canalización global al subcontratista de riesgos del *main contract* se justifica porque será el primero quien se encuentre en mejor capacidad de administrar advenimientos como el descrito en el último ejemplo<sup>158</sup>.

154 En efecto, la delegación global al subcontratista repercutirá en su responsabilidad ante eventuales defectos del entregable final presentado al cliente.

155 Al respecto, autores como Assaad, Elsayegh, Ali, Abdul Nabi y El-adaway, “Back-to-back relationship under standard subcontract agreements: comparative study”, 2, indican que este tipo de subcontratación cuenta con la ventaja de permitirle al contratista general mantener un punto de referencia único de responsabilidad.

156 Ramsey, Minogue, Baster, O’Reilly *Construction Law Handbook*, 39.

157 En este caso, acusa la necesidad de incluir cláusulas que permitan el manejo de las interfaces entre los diversos subcontratistas: Jorn Zons, “The Minefield of Back-to-Back Subcontracts”. Parte II. *Construction Law International* vol. 5, Nº 2 (2010): 21.

158 Finalmente, resulta inviable encontrar en un mismo proyecto bloques de prestaciones absolutamente autónomos entre sí. En realidad, tales bloques suelen fusionarse para conformar hitos de programación exigibles bajo el contrato principal. En este contexto, podría no resultar estándar introducir la lógica *full back-to-back* cuando el contratista principal ha subcontratado uno de varios paquetes de trabajo fusionados en un mismo hito y ha retenido –para sí mismo o para delegar a otros subcontratistas– bloques adicionales integrantes de ese mismo bloque. Ante ello, parece necesario que el contratista general adapte las cláusulas del subcontrato al principio según el cual el subcontratista no debe asumir permanentemente riesgos que no está en capacidad de controlar o prevenir. Pero dejaremos la profundización de este interesante y complejo punto para otra oportunidad.

En segundo lugar, la lógica *back-to-back* presupone que el subcontratista (i) tenga el control, la previsión o al menos esté en posición de asegurarse respecto a las situaciones pasivas (obligaciones, responsabilidades y riesgos) asumidas bajo el sistema de contratos y (ii) pueda razonablemente conocer las situaciones activas (poderes, derechos y remedios jurídicas) que potencialmente ostentará. En caso no se cumpla ninguno de los supuestos listados, la operación *back-to-back* equilibrada podría a lo más considerarse que una contingencia quede colocada en cabeza del subcontratista solo de manera temporal, tal como ocurre en el “condicionamiento en cascada relativo”<sup>159</sup>.

Por último, la lógica *back-to-back* parecen más razonable en los subcontratos que involucran sistemas integrales sofisticados y cuantías significativas con relación al monto total del *prime contract*. Y es que en estos escenarios el subcontratista tendrá mayores probabilidades de estar en capacidad de identificar y dimensionar correctamente los riesgos asociados a la operación, reflejándolos en el precio.

## 8. Puntualizaciones sobre la redacción de subcontratos de construcción *back-to-back* en la praxis transaccional

La técnica empleada para convertir un subcontrato en uno *back-to-back* dista de ser uniforme en la praxis transaccional<sup>160</sup>. En nuestra experiencia, hemos podido identificar por lo menos los tres siguientes enfoques o metodologías: (i) la regulación “sintética”<sup>161</sup>, (ii) la regulación “analítica”<sup>162</sup> y (iii) las matrices de responsabilidad *back-to-back*.

La primera técnica –regulación sintética– supone el empleo de una redacción general que se vale de términos escuetos<sup>163</sup>. Dado que esta regulación puntual podría carecer de sentido por sí mismas<sup>164</sup>, las partes emplean la técnica de la remisión a los documentos del contrato principal.

En esta línea, a decir de un sector de la jurisprudencia internacional,

“(...) si los términos del contrato principal se incorporan al subcontrato es una cuestión de integración de los términos de este último (...) los términos de los subcontratos Tridant / Mansion estaban contenidos en una carta de dos páginas (...) la carta de acuerdo incorporaba expresamente al contrato principal mediante el uso de las palabras “*back-to-back*”. En el presente caso, sin la incorporación de los términos del contrato principal, difícilmente puede existir algún significado en el documento de dos páginas (...)”

El enfoque sintético requiere indispensablemente de un “*examen cuidadoso de los documentos considerados como vinculantes fuera del contrato mismo*”<sup>165</sup>. Para viabilizar la revisión de dicha información, la Cláusula 2.1 “*Conocimiento del Contrato Principal por el Subcontratista*” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, le asigna al contratista principal la carga de otorgar al ejecutor secundario acceso a los documentos del contrato principal. Esto en los siguientes términos:

El Contratista pondrá a disposición del Subcontratista todos los documentos del Contrato Principal para su revisión, sin perjuicio de que el Subcontratista no tendrá derecho a revisar los montos o precios de la suma alzada del Contratista según lo establecido en el Contrato Principal ni las partes bajo confidencialidad del Contrato Principal enumeradas en parte A del anexo A (...)

Se considerará que el Subcontratista tiene conocimiento completo de las cláusulas relevantes del Contrato Principal, salvo por los precios del Contratista y las partes bajo confidencialidad del Contrato Principal enumeradas en parte A del anexo A.

A mayor detalle sobre este punto, salvo por ciertas partes del subcontrato expresamente excluidas (tales

159 Véase, al respecto, la mención al “condicionamiento en cascada relativo”, en el numeral 5.3.b) del presente trabajo.

160 Para convertir un acuerdo a la lógica *back-to-back*, desde luego, resulta irrelevante emplear únicamente dicha nomenclatura, en virtud del principio conocido en el *civil law* como calificación objetiva. Por tal razón, se revela indispensable incorporar una disciplina clara y específica para operar la asignación de riesgos deseada.

161 Di Paola, “*Back-to-back contracts*”, 490. Por su parte, Siah, *S. Op. Cit.*, p. 5, denomina a estos casos como “*back-to-back al nivel de las cláusulas*”.

162 Siah, “*Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract*”, 5, denomina a estos casos como “*back-to-back al nivel de las consecuencias*”.

163 Normalmente, esta situación se asocia a la ausencia de precisión en la reglamentación de intereses. Al respecto, Duncan Wallace, *Hudson’s Building and Engineering Contracts*, 1356 y 1357.

164 Hon Chi Yi, “*Back-to-back*” Provisions in Hong Kong’s (...), 35.

165 Juez Gill en: *Tapbo Civil Engineering Co. v Wo Kee Construction & Engineering Co.* (2006).



como el precio)<sup>166</sup>, las partes instrumentan el enfoque sintético mediante alguna de las dos siguientes alternativas:

- i. La integración del contenido del subcontrato mediante una remisión a los documentos del contrato principal, el cual, al cierre del subcontrato, solo es mencionado o puesto a disposición limitada (por ejemplo, únicamente durante la fase de licitación) del subcontratista. En estos casos, los documentos del contrato principal no forman parte integrante del subcontrato. Para suplir esa falencia, los contratistas generales tienden a incluir cláusulas de *deemed knowledge*<sup>167</sup>.
- ii. La incorporación en el subcontrato todos o alguno de los documentos del contrato principal, en calidad de anexos que forman parte integrante del primero<sup>168</sup>. En este caso, se suele establecer un orden de prelación claro en el marco de las eventuales incompatibilidades entre el subcontrato y sus anexos (si los hubiese) y el contrato principal.

Como quiera que se implemente el enfoque sintético, resulta aconsejable acompañarlo con la transmisión de la interpretación y determinación de los problemas asociados al lenguaje tomado del contrato principal<sup>169-170</sup>.

Ejemplos de la metodología *back-to-back* sintética introducida en el subcontrato, pueden ser las siguientes redacciones provenientes de la praxis transaccional:

- *Ejemplo 1:* A menos que el contexto establezca algo distinto, el Contrato Principal será de aplicación al Subcontrato, como si el Contratista fuese el Cliente y el Subcontratista fuese el Contratista.
- *Ejemplo 2:* El Subcontratista acuerda ejecutar su contrato de conformidad con todas las disposiciones, términos y especificaciones y requerimientos del Contrato Principal, aplicadas de forma acorde.
- *Ejemplo 3:* El Subcontratista acuerda estar vinculado respecto al Contratista por similares obligaciones por las cuales el Contratista está obligado respecto al Cliente, bajo el Contrato Principal, a menos que se estipule lo contrario en este Subcontrato y el Subcontratista declara haber recibido una copia del Contrato Principal.
- *Ejemplo 4:* El Subcontratista acuerda ejecutar totalmente y asumir todas las obligaciones y responsabilidades del Contratista Principal bajo el Contrato Principal para los Trabajos, o las que se le pueda imponer a partir de los Trabajos, por la Legislación Aplicable incluyendo, pero sin limitarse a, todas las declaraciones y garantías.

Las redacciones aludidas son similares a la de la Cláusula 2.2 “Cumplimiento del Contrato Principal” de las Condiciones FIDIC para Subcontratos *Design-Build*, conforme a la cual

“[e]l Subcontratista deberá, en relación con los Trabajos Subcontratados, ejecutar y asumir todas las obligaciones del Contratista bajo el Contrato principal, salvo cuando las cláusulas del Subcontrato dispongan algo distinto” (...)<sup>171 172 173</sup>.

166 Smith, *Back-to-back contracts*.

167 Para una revisión de las importantes cortapisas asociadas a esta cláusula, véase: Siah, “Main contractor’s risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract”, 18.

168 Este estándar se debe a que los documentos del contrato principal, en sus versiones finales y secciones relevantes, están destinados a regir el cumplimiento del subcontratista.

169 Lo cual puede implicar la presencia de mecanismos de resolución de disputas similares Ramsey, Minogue, Baster, O’Reilly, *Construction Law Handbook*, 40. Si ello no fuera posible, el autor propone la consideración de cláusulas que le aseguren al subcontratista que el *main contractor* represente adecuadamente su posición en toda disputa en la que tenga interés.

170 Brekoulakis y Thomas, *The guide to construction arbitration*, 88, los cuales por esto es que en los modelos anglosajones se hace referencia al rol del ingeniero y al cliente del contrato principal.

171 Véase, sin embargo, las excepciones contempladas en la referida cláusula.

172 Más allá de dicha disciplina general, la regulación de FIDIC contiene términos y condiciones bastante más precisos y específicos, que la acercan a una *metodología analítica* en la redacción de subcontratos *back-to-back*.

173 En ese sentido, y con la misma salvedad, la citada disposición prosigue de la siguiente forma:

(...) el Subcontratista deberá diseñar (en la medida que los Trabajos Subcontratados incluyan el diseño), ejecutar y completar los Trabajos Subcontratados, así como remediar cualquier defecto de modo oportuno y de manera que ningún acto u omisión de su parte constituirá, causará o contribuirá a cualquier incumplimiento del Contratista en cualquiera de sus obligaciones bajo el Contrato Principal.

La Cláusula 2.2 culmina con la siguiente redacción:

Si el Subcontratista comete cualquier incumplimiento del Subcontrato, indemnizará y mantendrá indemne al Contratista contra y de todos los daños por los que el Contratista sea responsable en virtud del Contrato Principal como resultado de dicho incumplimiento (...).

El enfoque sintético es a menudo visto por los contratistas generales como la forma más fácil (y, por ende, la que optimiza más el costo) de elaborar documentos que operen el *flow-down* hacia el subcontratista. Empero, sin el cuidado adecuado, esta metodología ocasionará dificultades y distorsiones. Dicho de otra forma, si bien estos métodos pueden ahorrarle tiempo y dinero al contratista general en la fase de redacción,

“casi inevitablemente resultan en una considerable ausencia de claridad y vacíos que debilitan la intención del contratista principal de traspasar sus obligaciones y responsabilidades tal como aquellas existen. Esto crea riesgos significativos para el contratista principal”<sup>174</sup>.

A mayor detalle, se ha aseverado que la integración, en el subcontrato, de los términos del contrato principal implementada mediante el enfoque sintético puede generar dificultades considerables<sup>175</sup>

“dado que la incorporación es a menudo vagamente expresada en las palabras más generales y sin ninguna consideración precisa o cuidadosa de sus consecuencias. Cada caso debe ser considerado por separado para determinar el propósito preciso y extensión con la cual se desea incorporar el término o términos del contrato principal. Fluye de la ausencia de *privity* entre el cliente y el subcontratista que, sin incorporación, los términos del contrato principal, aun cuando bien conocidos por ambas partes, no pueden ser vinculantes para el subcontratista. Esto será con toda probabilidad una cuestión de caso por caso de documentación a menudo informal en un esfuerzo por determinar las intenciones objetivas de las partes que se derivan del lenguaje utilizado”<sup>176</sup>.

Concordamos con estas opiniones. En ese sentido, a continuación, pasaremos a enumerar algunas de las distorsiones que podrían ocasionarse por la introducción al subcontrato de las operaciones *back-to-back* mediante el empleo irreflexivo del enfoque sintético:

- i. Distorsiones debidas a la *esencialización* de partes del contrato principal que no tienen aplicación en el subcontrato.
- ii. Incertezas vinculadas a la limitación de responsabilidad. Efectivamente, si el contrato principal establece que la responsabilidad del contratista general por el atraso se encuentra limitada al 10% del precio total, y el subcontrato simplemente se remite a las cláusulas del contrato principal, ¿ello significa que la responsabilidad del subcontratista por el atraso se limita al 10% del precio total del contrato principal o al 10% del precio total del subcontrato?<sup>177</sup>

Otro ejemplo. Si el contrato principal transfiere el riesgo y fija el inicio el período de garantías contra la aceptación del cliente y el subcontrato simplemente se refiere a las cláusulas del contrato principal, ¿esto significa que la transferencia del riesgo y el inicio del período de garantía de las obras subcontratadas ocurrirá con la aceptación del cliente de los trabajos del contrato principal o con la aceptación del contratista general respecto a los trabajos subcontratados?<sup>178</sup>.

- iii. Aplicación de interpretaciones incompatibles con los intereses del contratista general, quien introduce la lógica *back-to-back* en su interés propio. En efecto, si las estipulaciones de los subcontratos estandarizados<sup>179</sup> (e incluso los acuerdos paritarios con negociación individual) no son claras y específicas, podrían ser interpretados *contra proferentem*<sup>180</sup>, lo cual –la mayoría de ocasiones– perjudicará los intereses del *main contract*.

Esto ocurrió en el caso *Bernotas v. Super Fresh Food Markets, Inc. (2004)*, donde la *Supreme Court of Pennsylvania* consideró que la cláusula *conduit*, que transfería las indemnidades del contrato principal

174 Zons, “The Minefield of Back-to-Back Subcontracts”, 12. En el mismo sentido: Bailey, *Construction law*, 1539.

175 Según Lord Penrose, en *Wescol Structures Ltd. v. Miller Construction Ltd. (1998)*, la simple incorporación de las condiciones del contrato principal era imposible entre ellos (el contratista principal) y el subcontratista local. La noción carece totalmente de sentido. La incorporación de las principales condiciones del contrato es notoriamente problemática en cualquier caso. La incorporación total sin modificación confundiría las líneas de obligaciones y derechos contractuales, y estaría fundamentalmente en desacuerdo con cualquier noción de *privity* del contrato en diferentes niveles de la jerarquía contractual o de reciprocidad entre Miller (el contratista principal) y Wescol (el subcontratista).

176 Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 1357. En el mismo sentido: Lical del Val, J.L. Op. Cit., p. 19.

177 Zons, J. “Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts”, 12-13.

178 Idem. Zons, J. “Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts”, 12-13.

179 Es decir, aquellos que se conforman a partir de cláusulas generales de contratación o que califican como contratos de adhesión, bajo las reglas del Código Civil peruano.

180 Código Civil peruano. Artículo 1401.

Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

(cuya única exclusión estaba debida a la culpa exclusiva del cliente), no resultaba suficiente para asignar al subcontratista la obligación de indemnizar al contratista principal, ante una hipótesis de culpa verificada de este último. En opinión del Colegiado, las cláusulas de indemnidad aplicables ante la negligencia del acreedor precisaban de una redacción expresa e inequívoca. Dicha carga no quedaba satisfecha con una traslación genérica de términos del *main contract*<sup>181</sup>.

- iv. Ambigüedades respecto al flujo de riesgo hacia el subcontratista en casos donde, por razones de diversa índole, el contratista principal debió haber empleado una redacción clara. En ese sentido, podrían citarse los siguientes ejemplos concretos:
- La determinación de si un procedimiento de pagos *back-to-back* incorporado en el subcontrato alude a la cláusula *pay-when-certified, pay-when-paid* o *pay-if-paid*.
  - La existencia de derecho de retención de pagos del contratista principal contra un subcontratista que inicia sus trabajos luego de que el límite de retenciones del contrato principal haya sido alcanzado<sup>182</sup>.
  - La dilucidación de si una orden del cliente dirigida a retirar a un subcontratista es oponible a este último bajo el subcontrato<sup>183</sup>.
  - En general, problemas vinculados al rol del ingeniero, al alcance de la cláusula de solución de controversias y a los derechos de los subcontratistas<sup>184</sup>.

En suma, aplicada de una forma irreflexiva, la metodología sintética es riesgosa para las partes del subcontrato en la medida que no toma en cuenta ninguna de las manifestaciones del principio de “adecuación”, tal como ha sido desarrollado en el presente trabajo.

La segunda forma de introducir la lógica *back-to-back* en el subcontrato viene a ser la metodología analítica. Esta técnica consiste en la redacción –en cada cláusula relevante del subcontrato– de aquellas estipulaciones que obedecen a los principios de “contrato espejo”, “adecuación” o “condicionamiento en cascada”, en la intensidad deseada por las partes.

Bailey describe este enfoque de la siguiente forma:

“De forma más elaborada, las obligaciones de un contratista principal pueden transmitirse a un subcontratista mediante la utilización de disposiciones expresas en el subcontrato que (a) consideren que el subcontratista tiene conocimiento de todas las condiciones del contrato, dibujos, especificaciones y otros documentos que afecten al contrato principal (al menos en la medida en que se relacionen con las obras subcontratadas); e (b) incluir o tratar de incluir por referencia algunas o todas las condiciones que afectan las obras subcontratadas”<sup>185</sup>.

Emplear esta segunda metodología implica escudriñar cuidadosamente y adaptar potencialmente todos los documentos a los que quede vinculado el subcontratista y alinearlos a los documentos del contrato principal. Se tiene entonces que la metodología analítica regula términos y condiciones específicos que gobiernan la interacción tanto entre las propias cláusulas del subcontrato como entre estas últimas y las del contrato principal.

El método analítico es el que supone mayores costos de transacción para las partes, en tiempo y recursos vinculados al análisis de documentos, identificación de riesgos, redacción y negociación del subcontrato<sup>186</sup>. A cambio de ello, este enfoque “obviamente soluciona desde el comienzo problemas de interpretación que podrían de otro modo surgir posteriormente”<sup>187</sup>.

181 Dicho de otra forma: “[c]uando la cláusula destinada a ser “passed through” involucra la indemnización por actos negligentes de la otra parte, la teoría no será aplicada, a menos que el lenguaje contractual sea claro y específico”. (Real Estate Finance. Pennsylvania Supreme Court holds “pass-through” clause ineffective to impose indemnity obligation on subcontractor. (2005): 23-25).

182 Abrahamson, *Engineering Law and the I.C.E. Contracts*, 254.

183 En el caso *Chandler v. Boswell* (1936), de la jurisprudencia británica, se consideró que no había *pass through* de esta situación jurídica si se establecía que el subcontratista acordaba ejecutar los trabajos de acuerdo con los términos del *main contract*.

184 Di Paula, “Back-to-back contracts”, 496 – 500.

185 Bailey, *Construction law*, 1538.

186 Esta segunda metodología no prescinde de las referencias cruzadas a los documentos contractuales del contrato principal, si bien estas últimas son menores. Pese a ello, Smith (Op. Cit. s/p) ha considerado que es posible introducir la técnica *back-to-back* mediante la redacción de un documento autónomo muy detallado, eliminándose en tal caso las referencias cruzadas al contrato principal, las cuales pueden ser causas de confusión.

187 Di Paula, “Back-to-back contracts”, 491.

Les corresponderá entonces a las partes del subcontrato –especialmente, al contratista general– llevar a cabo un análisis costo-beneficio que, considerando las circunstancias y la premura en la que se encuentre, sopesen los costos de emplear el enfoque analítico con los costos esperados del enfoque sintético.

Conforme a la tercera (y última) metodología de redacción de acuerdos *back-to-back*, los contratistas principales pueden optar por incorporar al subcontrato –a manera de anexos– matrices que referencian todas y cada una de las cláusulas del contrato principal y sus principales anexos. Estas matrices identifican –cláusula por cláusula– los componentes del contrato principal y precisan, de manera esquemática, si aquellos vinculan o no vinculan al subcontratista, ya sea bajo el principio de “contrato espejo” o ya sea bajo el principio de “adecuación” o el de “condicionamiento en cascada”.

Dichas matrices podrían también incluir espacios para añadir especificaciones, desviaciones o incluso exclusiones de los componentes *back-to-back*<sup>188</sup>.

A nuestro juicio, la redacción preferible de un contrato *back-to-back* debería tomar lo mejor de todas las metodologías anteriormente referidas, las cuales podrían llegar a complementarse entre sí.

En efecto, como se expuso, la sola introducción en el subcontrato de una proclama *back-to-back* general seguida de una redacción escueta suele ser insuficiente y problemática. En tal contexto, se ofrece como necesaria una disciplina clara y explícita de los aspectos importantes que se desea sean asumidos por el subcontratista.

Pero el polo absolutamente antagónico al enfoque sintético tampoco es una solución viable. Ya el análisis económico del derecho ha constatado que el “contrato perfecto” –esto es, aquel que regule en su contenido todos los riesgos pasibles de afectar la relación contractual– es una utopía. Luego, el contrato *back-to-back perfecto* –esto es, aquel que regule detalladamente todas las situaciones jurídicas transferidas “perfecta” o “imperfectamente” al subcontratista y que condicione específicamente todos y cada uno de los derechos del subcontratista a un reconocimiento del cliente– es igualmente ilusorio o, en el mejor de los casos, ineficiente.

Ante tal constatación, los “vacíos eficientes” dejados por una metodología analítica y a la matriz *back-to-back*, dedicadas a los riesgos importantes, podrían ser colmados por una redacción genérica bien lograda. A manera de ejemplo, podemos ofrecer la siguiente redacción, empleada por uno de los ejecutores de un importante proyecto nacional de infraestructura de transportes:

Contrato “llave en Mano” (*turnkey*) y “Espejo” (*back to back*):

Las Partes dejan expresa constancia y aceptación de que, a menos que se convenga otra cosa en este CONTRATO DE SUBCONTRATACIÓN (incluyendo sus anexos), todos los términos y condiciones del presente CONTRATO DE SUBCONTRATACIÓN se rigen bajo el principio de “contrato llave en mano” (o “*turnkey*”) y “contrato espejo” (“*back-to-back*”) con relación al CONTRATO PRINCIPAL, respectivamente, por lo que el Subcontratista deberá ejecutar las Obras Subcontratadas y en general, realizar cualquier obligación y/o actividad contemplada bajo el presente CONTRATO DE SUBCONTRATACIÓN conforme a lo que para dichas obligaciones y/o actividades se establece en el CONTRATO PRINCIPAL y en el CONTRATO DE CONCESIÓN, respectivamente, a menos que se convenga otra cosa en este CONTRATO DE SUBCONTRATACIÓN (incluyendo sus anexos).

En tal sentido, salvo que expresamente se estipule lo contrario en este CONTRATO DE SUBCONTRATACIÓN, todas las obligaciones del CONTRATISTA PRINCIPAL relacionadas a los Sistemas Subcontratados bajo el CONTRATO PRINCIPAL se incorporarán “mutatis mutandis” al presente CONTRATO DE SUBCONTRATACIÓN para que el Subcontratista cumpla con dichas obligaciones.

188 Podría pensarse que el contenido de los pactos analizados en el presente trabajo constituye una excepción o erosión del principio de relatividad contractual, contemplado en el artículo 1363 del Código Civil peruano. Así, por ejemplo, la regla del contrato espejo determinaría que el contenido del *main contract* integra el contenido del subcontrato, cuyas partes son diversas a las del primer acuerdo. Del mismo modo, a través del *condicionamiento en cascada*, la obtención de derechos del *downstream contractor* estaría supeditada a que un tercero –el cliente– le conceda derechos semejantes al contratista principal.

Sin embargo, las supuestas vulneraciones a la relatividad en realidad no se configuran como tales. Ello se debe principalmente a que estas supuestas limitaciones derivan de los propios términos y condiciones propias del contrato *back-to-back*. A mayor detalle, al configurar las cláusulas del subcontrato, sus partes emplean técnicas ya conocidas por el *civil law*, tales como las condiciones y la determinación *per relationem* de ciertas partes del contenido del subcontrato.

Cualquiera sea la técnica a emplearse, resulta importante adoptar una redacción clara que asigne indubitablemente los riesgos importantes en el sentido marcado por las operaciones *back-to-back*.

## 9. Reflexión final

Las cláusulas *back-to-back* cuentan cada vez con mayor presencia en la praxis transaccional peruana (tanto a nivel de la estructuración de operaciones constructivas, como a nivel de la administración de contratos y, desde luego, a nivel de la solución de controversias), por lo que el adecuado conocimiento de sus alcances se revela indispensable para el intérprete.

El presente artículo ha tenido como único propósito presentar el mínimo común o columna vertebral del funcionamiento de los contratos *back-to-back* en las operaciones constructivas de la praxis transaccional (con cierta influencia internacional). Los principios identificados orientan no solo la estipulación de cláusulas que acojan la operación económica estudiada, sino también la interpretación de los términos y condiciones consensuados, su integración e incluso, aunque de forma indirecta, su validez desde la perspectiva legal.

Los problemas jurídicos emblemáticos de estas hipótesis serán materia de reflexión en otra oportunidad. En esta ocasión hemos querido dedicarnos a graficar las funciones prácticas que explican la introducción de estos pactos, los principios o reglas operativas en que se desglosan (y que deberían contribuir a su interpretación) y algunos aspectos asociados a la distribución y gestión de riesgos derivados de su acogimiento.

La intensidad con la que esta operación permea los contratos y subcontratos de construcción dependerá de la redacción específica y circunstancias que acompañan el consentimiento de los agentes económicos y de las heterogéneas necesidades que estos busquen satisfacer.

## 10. Bibliografía

- Abbet, R.W. *Engineering contracts and specifications*. Nueva York, Estados Unidos: John Wiley & Sons, 1963.
- Abrahamson, M. *Engineering Law and the I.C.E. Contracts*. Londres, Inglaterra: E & FN Spon, 1979.
- Anzidei, C. "Subcontractors and suppliers". En *Construction contract claims, changes, and dispute resolution*, editado por Levin, P, 243 - 258 . Reston: American Society of Civil Engineers, 2016.
- Assaad, R., A. Elsayegh, G. Ali, I.H. El-adaway y M. Abdul Nabi. "Back-to-back relationship under standard subcontract agreements: comparative study". *Journal of legal affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*. vol 12, N° 3. (2020): 1 - 26.
- Bailey, J. *Construction law*. Vol I, Londres: London Publishing Partnership, 2020.
- Bailey, J. *Construction law*. Vol II, Londres: London Publishing Partnership, 2020.
- Bailey, J. *Construction law*. Vol III, Londres: London Publishing Partnership, 2020.
- Brekoulakis, S. Y D. B. *The guide to construction arbitration*. Londres: Global Arbitration Review, 2017.
- Carresi, F. "Il contratto". En *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo continuado por Luigi Mengoni, Vol. XXI, t. 2, Milán: Giuffrè, 1987.
- Cicconi, E. "Clausola if and when". En Confortini, M. (Editor). *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Vol. II. Turín, Italia: UTET, 2019, 985-1023.
- Di Paola, L. "Back-to-back contracts". *The International Construction Law Review*. Vol. 4 (2009): 489-505.
- Duncan Wallace, D. "Hudson's Building and Engineering Contracts". *Including the Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors*, vol 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1995.
- Fathi Bader, M. "Impact of "back to back" payment clause on the cash flow of subcontractor in the UAE". Disertación remitida con ocasión al grado MSc en *Construction law & Dispute Resolution de la British University in Dubai*. British University in Dubai, 2013, 1 – 90.
- FIDIC. *Conditions of Contract for Plan & Design Build*. Ginebra: FIDIC, 2017.
- FIDIC. *Conditions of Subcontract for Construction*. Ginebra: FIDIC, 2011.
- FIDIC. *Conditions of Contract for Construction*. Ginebra: FIDIC, 2017.

FIDIC. *Conditions of Subcontract for Plant and Design-Build*. Ginebra: FIDIC, 2019.

Gabrielli, E. "I contratti e le sue classificazioni". En Gabrielli, Enrico (al cuidado de) *I contratti in generale. en Trattato di Diritto privato* dirigido por Pietro Rescigno, tomo I. Turin, UTET, 1999.

Henkin, H. *Drafting engineering contracts*. Londres y Nueva York: Elsevier Applied Science, 2006.

Hon Chin Yi, L. "Back-to-back Provisions in Hong Kong's building contracts - Points to note from some recent Hong Kong court cases". *Surveyors Times*. vol. 18, No. 1, (2009):34-37.

Hughes, W., Champion, R. y Murdoch, J. *Construction contracts: Law and management*. Londres y Nueva York: Routledge, 2015.

Lacal del Val, J.L. "Back-to-back provisions and allocation of risks in building subcontracts". Disertación remitida con ocasión al grado MSc en *Construction law & Dispute Resolution de King's College London*. Centre of Construction Law & Management, King's College London, 2017.

Laycock, S. "Back to back contracts and partnering". *Australian Construction Law Newsletter*, (1996): 43-44.

López Ramon. *El subcontrato*. Madrid: Tecnos, 1973.

Loosemore, M. y McCarthy, C.S. *Perceptions of contractual risk allocation in construction supply chains*, vol. 134, No. 1: (2008): 95-105.

Messineo, F. "Contratto derivato – Sub-contratto". En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. X. Milán: Giuffrè, 1962.

MolinoCahill Lawyers. 2014. "Back to back contracts". Acceso 5 de octubre de 2020.  
<https://es.scribd.com/document/226015607/Back-to-Back-Contracts>

PMI. *A guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK Guide)-Sixth Edition*. Newton Square: Project Management Institute, 2017.

Podetti, H. "Contrato de construcción". Buenos Aires: Astrea, 2004.

Ramsey, V. y A, Minogue y J. Baster y M. O'Reilly, M. *Construction Law Handbook*. Londres: ICE, 2007.

Real Estate Finance. *Pennsylvania Supreme Court holds "pass-through" clause ineffective to impose indemnity obligation on subcontractor*. (2005): 23-25.

Reig, I. *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería*. Valencia: Universitat de Valencia, 2003.

Rivas, M.J. "Las responsabilidades por los defectos de la obra subcontratada". En: Pasquau, M., Rivas, M.J. & Tovar, V. (editores). *La subcontratación en la construcción*. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

Roppo, V. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

Rubino, D. y G. Iudica. "Dell'appalto". En Galgano, F. (al cuidado de) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Boloña: Zanichelli, 1992.

Seppala, C. "The new FIDIC Internations Civil Engineering Subcontract". *Construction Lawyer*. Vol 15, Nº 3, (1995): 25-33

Siah, S.L.J. "Main contractor's risk allocation technique-incorporation of main contract terms into subcontract". Disertación remitida con ocasion al grado MSc en *Construction law & Dispute Resolution* de King's College London y de la National University of Singapore. Centre of Construction Law & Management, King's College London y National University of Singapore, 2008: 1-49.

Smith H. 2011. "Back-to-back contracts". Acceso 5 de octubre de 2020.  
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d75e0cf3-eb8d-4ce5-b39a-13e7b9b4ec4e>

Soria, A. & L. Yamada. "¡Échame una mano!: La subcontratación en la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225)". *Revista Derecho & Sociedad*, No. 44 (2015): 185-189.

Steinberg, H. *Understanding and negotiating EPC contracts*. Londres: Routledge, 2017.

Tapia, A. *El contrato de obra por empresa*. Madrid: Reus, 2016.

Uff, J. *Construction law*. Londres: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2017.

Vásquez, W. Las modalidades pay-if-paid [pago si obtengo el pago] y pay-when-paid [pago cuando obtenga el pago] en los subcontratos de construcción. Inédito. (2020)

Vásquez, W. 2019. "Resiliencia contractual. La cláusula continued performance (o keep working) en los contratos de construcción". <https://ius360.com/columnas/resiliencia-contractual-la-clausula-continued-performance-o-keep-working-en-los-contratos-deconstruccion-walter-vasquez/>

Vásquez, W. "Los contratos de construcción. La figura del contratista y su relación con el riesgo". *Revista de Actualidad Mercantil*. No. 5, (2017): 53 – 74.

Vásquez, W. "Resiliencia contractual. La cláusula continued performance (o keep working) en los contratos de construcción". Recuperado de: <https://ius360.com/columnas/resiliencia-contractual-la-clausula-continued-performance-o-keep-working-en-los-contratos-deconstruccion-walter-vasquez/>>> (2019).

Zons, J. "The Minefield of Back-to-Back Subcontracts". Parte I. *Construction Law International* vol. 5, No. 1 (2010): 11-17.

Zons, J. "The Minefield of Back-to-Back Subcontracts". Parte II. *Construction Law International* vol. 5, N. 2 (2010): 21-27.