



Algunos aspectos sobre la dificultad financiera e insolvencia del contratista EPC

Certain aspects of financial difficulties and insolvency of an EPC contractor

Myriam Barahona Aguirre*
James Channing Eberhard**
Morales & Besa, Santiago de Chile

Resumen:

El artículo analiza el riesgo de dificultad financiera o insolvencia del contratista EPC en proyectos complejos de construcción desde el punto de vista jurídico y en consideración a estructuras de financiamiento de proyectos. Revisamos las consecuencias de dicho riesgo; las mitigantes contractuales disponibles para el proyecto respecto a garantías del contrato EPC, pago de obligaciones a subcontratistas y trabajadores y terminación del contrato EPC y cesión de subcontratos. Finalmente, tratamos algunas consideraciones relevantes en caso de una situación de insolvencia del contratista EPC respecto a terminación del contrato, ejecución de garantías líquidas, pago a subcontratistas y procedimientos transfronterizos.

Abstract:

The article analyzes the risk of financial difficulties or insolvency of the EPC contractor in complex construction projects from a legal standpoint and considering a project finance structure. We review the consequences of such risk; the contractual mitigants available for the project with respect of EPC contract guarantees; payment to subcontractors and works and termination of the EPC contract and assignment of subcontracts. Finally, we deal with certain relevant considerations in case of the EPC contractor, collection of liquid security, payment to subcontractors and cross-border insolvency.

Palabra clave:

Construcción – Insolvencia – EPC – Contratista – Infraestructura – Energía – Financiamiento de proyectos – Bancarrota – COVID-19

Keywords:

Construction – Insolvency – EPC – Contractor – Infrastructure – Energy – Project finance – Bankruptcy – COVID-19

Sumario:

1. Introducción – 2. El riesgo de dificultad financiera o insolvencia del contratista EPC – 3. Mitigando el riesgo de dificultad financiera o insolvencia – 4. Algunos aspectos legales asociados a la insolvencia de un contratista – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LLM de la Universidad de Chicago, Estados Unidos de América. Es socia del estudio de abogados Morales & Besa en Santiago de Chile, co-liderando la práctica de banca y finanzas. En 2019, fue reconocida como "Best Finance Lawyer in Latinamerica" en los Euromoney LMG Americas Women in Business Law Awards 2019. ORCID: 0000-0003-0802-5686. Contacto: MBarahona@moralesybesa.cl

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Adolfo Ibáñez de Viña del Mar, Chile y LLM de la Universidad de Virginia, Estados Unidos de América. Es asociado senior del estudio de abogados Morales & Besa en Santiago de Chile, co-liderando la práctica de ingeniería y construcción. Es miembro de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción. ORCID: 0000-0002-6710-2891. Contacto: JChanning@moralesybesa.cl

1. Introducción

Los proyectos de construcción de energía, infraestructura y minería y, en especial, aquellos que por su magnitud requieren la participación de empresas internacionales, las cuales son empresas esencialmente riesgosas y complejas¹, con múltiples riesgos que evaluar, valorizar y mitigar.

Uno de los principales riesgos para un proyecto de esta naturaleza son las dificultades financieras y, eventualmente, la insolvencia o bancarota que pueda enfrentar el o los contratistas de un proyecto.

La materialización de este riesgo puede tener consecuencias desastrosas para el proyecto, tanto en cuanto a costos, retrasos en el programa e incluso puede llevar al fracaso de este. El principio básico es que, si el contratista no se mantiene al día sus pagos para con sus trabajadores, subcontratistas o proveedores, el trabajo se ralentiza o detiene².

Lo anterior se refrenda con casos recientes de insolvencia de contratistas internacionales. Por ejemplo, el contratista norteamericano Mcdermott³; Astaldi⁴, reconocida constructora italiana; o Senvion⁵, una compañía alemana de fabricación de turbinas para proyectos eólicos, todos los cuales generaron retrasos y sobrecostos, que son de público conocimiento, en grandes proyectos de infraestructura y energía a lo largo del mundo.

Por otra parte, los impactos que tendrá la pandemia del COVID-19 en la industria de la construcción mundial aún son incalculables, pero la disrupción en los proyectos de construcción por medidas sanitarias y restricciones de movimiento, la afectación a las cadenas de suministro globales y la crisis económica que ya afecta a gran parte del mundo son evidentes. Parece un efecto inevitable de la pandemia que existirá un número importante de casos de insolvencia alrededor de la industria de la construcción, sea a nivel de desarrolladores, contratistas principales o subcontratistas⁶.

El objetivo de este artículo es realizar una aproximación a lo siguiente: i) los aspectos principales de una situación de esta naturaleza; ii) los mitigantes que existen para los principales interesados en el éxito un proyecto, desarrolladores, financistas y *offtakers* (o autoridades si se trata de un proyecto de alianza público privada) en caso de una situación de dificultad financiera o derechamente de insolvencia de un contratista; y iii) algunos efectos que pueda tener una situación jurídica de insolvencia de un contratista.

Debido a la práctica profesional desarrollada por quienes han preparado este artículo y la naturaleza de las materias tratadas, hemos intentado dar un enfoque práctico al mismo, considerando como fuente, en varias ocasiones, materiales preparados por abogados y firmas líderes en esta materia.

Para efectos de simplificar un análisis que pudiera tener múltiples aristas que escapan el alcance de este artículo, tomaremos como “caso base” una estructura de proyecto contratado bajo modalidad EPC (*Engineering, Procurement and Construction*) y financiado bajo el mecanismo de financiamiento de proyectos o *project finance*, proyecto que a su vez tendrá como sustrato un contrato principal como una concesión o un contrato de suministro de energía o PPA por sus siglas en inglés.

Para efectos de este artículo nos referiremos al contratista principal como “contratista EPC”, a su contraparte contractual como “desarrollador” o “mandante” y al contrato que los vincula como “contrato EPC”. Cuando sea relevante, haremos referencia al “contrato de proyecto”, entendiéndose por éste, genéricamente, un contrato de concesión o de suministro u otro similar, cuyos flujos son los que, finalmente, dan vida al proyecto⁷.

Asimismo, para efectos de este artículo entenderemos por “dificultad financiera” una situación comercial de una persona en virtud de la cual no puede dar cumplimiento íntegro y oportuno a sus obligaciones con terceros, pero sin que dicha situación configure propiamente tal una insolvencia, según la misma se pueda entender en una jurisdicción. Por “insolvencia” entenderemos una situación jurídica en virtud de la cual una persona pueda encontrarse sujeta a un régimen de insolvencia, renegociación concursal, quiebra, concurso u otro similar conforme a la ley aplicable en la jurisdicción respectiva.

1 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 1.

2 Steinberg, 109.

3 McDermott Files For Bankruptcy, Plans to Sell Lummus Unit - Bloomberg.

4 Chile multó a concesionaria por retraso en Hospital Félix Bulnes.

5 German Wind Turbine Maker Senvion Files for Insolvency.

6 Jones Day, “Construction Projects and Disputes: A Look Beyond the Lockdown, Part III”, 15.

7 Cabe señalar que no todos los proyectos que se financian bajo la modalidad de financiamiento de proyecto necesariamente tienen un contrato de proyecto que sirva de sustrato, sino que hay casos en que

Este artículo se estructura de la siguiente manera: i) la Sección 1 contiene una introducción a la materia; ii) la Sección 2 se refiere al riesgo de dificultad financiera o insolvencia del contratista EPC; iii) la Sección 3 contiene un análisis de los distintos mitigantes que hemos visto en la práctica contractual; iv) la Sección 4 contiene algunas notas respecto de una situación de insolvencia del contratista EPC; y v) la Sección 5 presenta nuestras conclusiones.

2. El riesgo de dificultad financiera o insolvencia del contratista EPC

2.1 Algunas notas básicas sobre la estructura jurídico-financiera de un proyecto de construcción financiado bajo modalidad project finance

Los proyectos de construcción y, en especial aquellos de mayor complejidad, se estructuran jurídicamente en función de una serie de negocios jurídicos interrelacionados donde el vaso comunicante entre uno y otro es, usualmente, el pago de una suma de dinero a cambio de la realización de un trabajo determinado.

De esta manera, el mandante contrata al contratista EPC para que este desarrolle la ingeniería, realice el suministro de equipos y materiales y ejecute la construcción del proyecto a cambio de una suma de dinero. A su vez, el contratista EPC contratará a subcontratistas, trabajadores y proveedores que realizarán una porción (o todo) del alcance encomendado por el desarrollador al contratista EPC a cambio de una suma de dinero. En este sentido, el oportuno flujo de dinero del desarrollador a los beneficiarios finales es un elemento esencial para que todos los participantes del proyecto ejecuten su parte del negocio en tiempo y forma.

En la práctica, el flujo de dinero desde el desarrollador hacia aquellos que se encuentran más abajo en la cadena no es automático y cada una de las partes debe soportar de cierta forma una carga de financiar el proyecto. Por ejemplo, un subcontratista deberá ejecutar y financiar trabajos hasta que complete el primer hito de pago o bien tenga derecho a emitir un estado de pago por avance, a menos que se le entregue un anticipo.

Por otra parte, cada relación jurídica que conforma el tramado contractual de un proyecto de construcción es, en principio, independiente de las otras. Es lo que se conoce como principio del efecto relativo de los contratos, y es reconocido en el caso chileno⁸, en la tradición continental⁹ y anglosajona o del *common law* donde se lo conoce como principio de *privity of contract*¹⁰. Por lo tanto, el contratista EPC estará obligado a pagarle a sus subcontratistas y trabajadores aun cuando no haya recibido el pago por parte de su mandante, a menos que las partes pactaran en sentido contrario, lo que corresponde a las cláusulas conocidas como *paid if paid* o *paid when paid*. Aun así, la aplicabilidad de esas cláusulas ha sido discutida en el *common law*¹¹, pero han visto mayor aceptación en la tradición continental¹².

De lo anterior se sigue que la solvencia financiera, esto es la capacidad de cumplir en tiempo y forma con las obligaciones de tal naturaleza, que tenga el contratista EPC es de especial relevancia para el éxito de un proyecto de construcción complejo. Como se dijo al comienzo, si el contratista EPC no es capaz de hacer frente a sus obligaciones con terceros, el trabajo es defectuoso, se ralentiza o derechamente se paraliza¹³. Muchas veces, y la experiencia así lo indica, los subcontratistas más pequeños, antes que intentar obtener remedios jurídicos a través de los mecanismos contractuales, harán abandono de la obra si no se les paga el trabajo realizado.

2.2 Efectos prácticos

Los efectos de una situación de dificultad financiera o de insolvencia de un contratista EPC pueden ser variados. En primer lugar, y como se detalló en la sección 2.1 anterior, una situación de esta naturaleza casi con certeza afectará el flujo de caja del proyecto. Adicionalmente, esto puede llevar a incurrir en deudas laborales o previsionales con los trabajadores del contratista. Otro efecto es que el contratista utilice los

8 López Santa María y Elorriaga de Bonis, *Los contratos*, 363.

9 López Santa María y Elorriaga de Bonis, 363.

10 Garner, *Black's Law Dictionary*, 598.

11 Por ejemplo, en los Estados Unidos de América su aplicación es discutible, pero en general se aceptarían en tanto sus términos sean evidentes y no den lugar ambigüedades, pudiendo variar en cada estado. Véase, Allensworth y American Bar Association, *Construction law*, 393–94. Por otra parte, en Inglaterra en aquellos contratos que se encuentran dentro del alcance de la Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 se encuentran prohibidas. Véase, "The Payment Regime Under Sections 109–113 of the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 - A Checklist | Adjudication Society".

12 Por otra parte, en el caso de los Emiratos Árabes Unidos, un país de tradición continental y con importante desarrollo en grandes proyectos estas cláusulas serían aceptadas. Véase, "Pay-When-Paid Clauses in the UAE".

13 Como ejemplo concreto la situación del Hospital Felix Búlnes en Chile: "Concesionaria de nuevo hospital en Chile pone fin a contrato construcción con italiana Astaldi - Reuters".

fondos que un desarrollador le entrega como pago por un proyecto a otro proyecto. Además, pueden existir interferencias en la ejecución del proyecto por parte de terceros acreedores del contratista en problemas, tales como embargos o imposición de medidas precautorias respecto de equipos y materiales de propiedad del contratista EPC. Finalmente, esta situación puede llevar al incumplimiento de normativa aplicable en materia regulatoria (sea de seguridad en el trabajo, ambiental, sanitaria, etc.), exponiendo al desarrollador en su calidad de dueño del proyecto a sanciones o incluso paralizaciones del trabajo, según la legislación de que se trate.

2.3 La perspectiva desde el financiamiento de proyectos y otras partes interesadas

En términos generales, “financiamiento de proyectos” o *project finance*, es una forma de financiamiento en virtud de la cual se obtienen los fondos para el desarrollo, construcción y operación de un proyecto en la cual los financistas se repagarán con cargo principalmente a los flujos que genere el proyecto y los activos del mismo (que se darán en garantía) y como contrapartida, por regla general no tendrán recurso o tendrán recurso limitado contra las empresas que económicamente se encuentren detrás de su desarrollo¹⁴. Esto se traduce en que el proyecto como tal es una entidad jurídico-económica aislada de sus desarrolladores, conocidos como *sponsors*.

Para ser exitosos, los proyectos financiados bajo esta modalidad requieren de un flujo de caja proyectado que permita pagar la deuda, los intereses y generar un remanente que pueda ser distribuido a los *sponsors*¹⁵. Por esto, es común que este tipo de proyectos se sustenten por medio del contrato de proyecto en virtud del cual se dé soporte financiero al proyecto y que de cierta forma asegura un flujo de caja sostenido a lo largo del tiempo¹⁶.

En general, los contratos de proyecto se pueden agrupar en dos grandes categorías: i) contratos de suministro en virtud de los cuales se vende a largo plazo el producto generado por el proyecto, tales como un contrato de suministro de energía también conocidos como *Power Purchase Agreements* o PPA's por sus siglas en inglés; o ii) contratos con una autoridad gubernamental, como es el ejemplo de los modelos de alianza público privada o de concesión y que son el caso más común de los grandes proyectos de infraestructura¹⁷.

Dada la estructura altamente apalancada de estos financiamientos, donde el acreedor financiará una porción muy alta de su costo de capital (usualmente entre un 70% y 80% e incluso hasta un 90% del capital del proyecto)¹⁸ y por consiguiente asumirá el riesgo de proyecto en gran medida, la construcción del proyecto en tiempo y forma será esencial para tener una expectativa realista de satisfacer sus créditos. Lo anterior, toma mayor relevancia cuando el proyecto se construye para satisfacer una obligación contractual del desarrollador bajo un contrato de proyecto de los ya mencionados. En esos casos, de no cumplirse la entrada en operación del proyecto en una fecha determinada, la autoridad o la contraparte contractual normalmente tendrá derecho a terminar el contrato que lo vincula con el mandante y de esta forma, afectar la fuente de repago de los acreedores.

Todo lo anterior hace que los financistas sean un *stakeholder* de capital relevancia y casi un socio del desarrollador tan o más interesado en el éxito del proyecto. Por este motivo, en los financiamientos de proyecto, se contemplan los denominados derechos de intervención o *step-in rights* de los financistas¹⁹.

También, cabe mencionar que, a causa de lo anterior, el perfil de riesgo de construcción que estén dispuestos a tomar los acreedores en un proyecto de esta modalidad probablemente sea menor que en aquellos proyectos que son financiados de otra manera. Así, un desarrollador experimentado que no tiene necesidad o interés de levantar financiamiento por esta vía puede estar en condiciones de tomar mayores riesgos de construcción y contratar por una parte el diseño del proyecto y por otra parte su construcción, de esta forma separando los alcances de trabajo, suponiendo mejores precios. Esto será una estrategia que probablemente no sea “bancable” en financiamiento de proyectos²⁰, donde los acreedores usualmente empujan por un punto único de responsabilidad respecto del riesgo de construcción y no quiere que

14 Existen múltiples definiciones de lo que es financiamiento de proyectos, pero en general se basan en los aspectos mencionados más arriba. Véase, Yescombe, *Principles of project finance*, 5–8.

15 Yescombe, 7.

16 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 23.

17 Yescombe, *Principles of project finance*, 13.

18 Yescombe, 7.; Comer, “The Wharton School - Project Finance Teaching Note 1 FNCE 208/731 Fall 1996 Professor Gordon M. Bodnar”, 3.

19 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 26. Yescombe, *Principles of project finance*, 193.; World Bank Group, “Guidance on PPP Contractual Provisions”, 89.

20 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 8.

el desarrollador se vea en el medio de una disputa de quien responsable por sobrecostos o trabajo defectuoso²¹.

Asimismo, en muchos proyectos como los de alianza público-privada o aquellos proyectos destinados a servir un PPA, la entidad contratante, sea la autoridad o un privado, también será un interesado en el éxito de la construcción del proyecto y su puesta en servicio. Es por esto, y como veremos más adelante, que es común que estos interesados en el proyecto se reserven ciertos derechos en caso de que existan problemas en la ejecución de las obras que puedan derivarse directa o indirectamente de la mala situación financiera del contratista EPC. Por ejemplo, un retraso a causa de una ralentización de las obras causado precisamente por dicha mala situación financiera²².

3. Mitigando el riesgo de dificultad financiera o insolvencia

En base a lo indicado en las secciones anteriores, queda claro la necesidad que tienen los desarrolladores, financistas y contrapartes de los contratos del proyecto de mitigar al máximo posible el riesgo de dificultad financiera o insolvencia del contratista EPC o bien los efectos de una dificultad financiera del contratista EPC. En esta sección examinamos algunas de estas mitigantes. Sin embargo, debemos hacer presente que las mismas pueden presentar complejas implicancias jurídicas que varían según la legislación que sea aplicable, ni necesariamente van a evitar la mala situación financiera o insolvencia del contratista EPC.

3.1 Mitigaciones precontractuales

Como cuestión previa y que excede el alcance de este artículo, el primer mitigante que puede implementar un mandante responsable es realizar una debida diligencia respecto de las cualificaciones profesionales y el estado de negocios del contratista EPC y llevar a cabo un proceso de selección de contratista en forma responsable. En este sentido, ofertas demasiado agresivas en cuanto a precio o plazo, pueden ser señales de alerta²³.

3.2 Mitigaciones contractuales

Con el avance en la técnica contractual y las experiencias concretas en el tiempo, los contratos de construcción y en particular aquellos bajo la modalidad EPC han ido incluyendo una serie de mitigaciones, que, en nuestra opinión, tienen un objetivo fundamental que es permitir la continuidad de la obra hasta su terminación. Estas mitigaciones, a su vez se pueden clasificar, en general, en aquellas que buscan: (a) asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista; (b) verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista para con sus subcontratistas y proveedores, asegurando el adecuado flujo de pagos en la cadena contractual; y (c) proteger los activos del proyecto y otorgar flexibilidad en caso que sea necesario reemplazar al contratista en dificultades en todo o parte del alcance del contrato.

3.2.1. Mitigantes que buscan asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales

Los contratos EPC suelen contener lo que se conoce en la industria como un paquete de garantías cuyo fin principal es asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el contratista EPC asume en el contrato²⁴. Tal es así, que la *Office of Gas and Electricity Markets* del Reino Unido u "OFGEM" por sus siglas en inglés, ha señalado que las garantías que entregue el contratista EPC son el aspecto más importante para la administración del riesgo de construcción en proyectos de energía eólica marina²⁵.

Las garantías más comunes son las siguientes:

3.2.1.1 Garantías Líquidas

Es común que los contratos EPC contemplen una combinación de instrumentos líquidos (esto es de fácil ejecución y cobro) que garantizan las obligaciones del contratista, respecto del uso de pagos anticipados, obligaciones durante la etapa de construcción y las obligaciones del período de garantía por defectos.

Estos instrumentos adoptan múltiples formas en proyectos internacionales, dependiendo de las alternativas que ofrece cada jurisdicción y los requerimientos que puedan tener los financistas. En nuestra experiencia,

21 Yescombe, *Principles of project finance*, 164.

22 Yescombe, 144.

23 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 116–17.

24 Vease, Steinberg, 167.

25 Office of Gas and Electricity Market, "EPC' Contract Principles for OFTO Build Tenders", 7.

los instrumentos más utilizados en proyectos en Latinoamérica son las cartas de crédito y su variante la carta de crédito *stand by*, en el caso particular del mercado chileno al menos, las boletas de garantía bancaria y las pólizas de seguro de garantía por incumplimiento.

En este sentido, hemos notado que este tipo de garantías se agrupan en dos grandes conjuntos. Por una parte, aquellos instrumentos que son emitidos por una entidad bancaria y que generan una obligación de pago directa por parte del emisor una vez que se cumplan ciertas condiciones, que generalmente consisten en la presentación a cobro del instrumento acompañado de ciertos documentos. Este sería el caso de las *letters of credit* o *stand-by letter of credit* emitidos bajo ley de Nueva York²⁶, un aval bancario español o una boleta de garantía bancaria chilena²⁷. Por otra parte, aquellos que constituyen una especie de garantía personal como los *surety bond* de la tradición anglosajona²⁸ o bien una póliza de seguro de garantía por incumplimiento como las que se utilizan en Chile, que, si bien tienen una naturaleza distinta, comparten más características con los *surety bond*.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio subyacente que informa a este tipo de garantías, cualquiera sea su forma, es invertir la carga habitual en materia contractual en cuanto a quien alega el incumplimiento debe probar su existencia y la cuantía del perjuicio que de éste se deriva. Estos instrumentos, en cambio, permiten el pago sin necesidad de acreditar el incumplimiento ni menos el perjuicio, pero no impiden que el deudor de alegar cobro improcedente de las mismas y resarcirse de los perjuicios que esto le hubiera causado. Este principio se conoce en la práctica como "pague primero y luego discuta" o "*pay now, argue later*"²⁹.

En este sentido, la práctica y la doctrina en Chile sostienen respecto de las boletas de garantía es que su cobro sea permitido a primer requerimiento y así lo ha confirmado la Corte Suprema³⁰ aludiendo expresamente al referido principio señalando que "*la boleta bancaria presenta afinidad con aquellas pactadas "a primera demanda" o a "primera solicitud" como las que existen en el campo del comercio internacional (Carta de crédito Stand-By)*"³¹ en las cuales con la sola reclamación del beneficiario corresponde el pago y "*que obedece a lo que lo que en el ámbito del derecho anglosajón se denomina "Primero Pague y luego discuta"*"³². De esta forma, y como aclara la misma sentencia, es el deudor quien tendrá que iniciar un juicio de lato conocimiento en caso de que se haya efectuado el cobro indebido de la boleta³³. No obstante, lo anterior, existen casos en que se han acogido medidas precautorias que buscan inhibir el cobro de las boletas de garantía mientras no se resuelve una situación subyacente que da lugar al cobro de esta³⁴. Por esto es usual que en los contratos EPC chilenos se incluya una renuncia a cualquier acto tendiente a limitar el cobro de las mismas como, precisamente, lo sería la interposición de una medida precautoria.

En el derecho comparado, la situación es similar respecto de las *letters of credit* o *stand by letters of credit*. Así, se puede citar un interesante caso de arbitraje internacional, que luego pasó a las cortes inglesas en virtud del cual se reafirmó este principio³⁵. En *Petrosaudi v. Novo Banco S.A.*³⁶, la Commercial Court de Inglaterra confirmó el denominado principio de autonomía de las cartas de crédito bajo la ley inglesa, en virtud del cual se procederá a su pago, aun cuando los pagos que garantiza la misma se encuentran bajo disputa³⁷ y adicionalmente confirmó la "aplicación estricta de la excepción de fraude al principio de autonomía de las cartas de crédito"³⁸. De esta forma, como se ha comentado, esta decisión permite a las partes en el comercio internacional descansar en el valor de la carta de crédito bajo ley inglesa como garantía de pago³⁹.

26 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 170.

27 La boleta de garantía bancaria es un instrumento bancario de especial naturaleza que la normativa define como "*una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el "Tomador" a favor de otra persona llamada "Beneficiario" que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario. Asimismo, la misma norma indica que "Aun cuando en el primer caso se llamaría propiamente depósitos de garantía, en realidad, en ambos casos, el banco emite un documento llamado "Boleta de garantía", en el que se compromete incondicionalmente a su pago a solo requerimiento del beneficiario. La existencia de un depósito o de un crédito sólo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa al beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco.*" Comisión para el Mercado Financiero, "Recopilación Actualizada de Normas 8-11".

28 Allensworth y American Bar Association, *Construction law*, 542-44.

29 Prado Puga, "Algunos Aspectos de la Boleta de Garantía Bancaria", 8.

30 Icafal con Serviu.

31 Icafal con Serviu en 3.

32 Icafal con Serviu en 3.

33 Prado Puga, "Algunos Aspectos de la Boleta de Garantía Bancaria", 9.

34 Prado Puga, 10.

35 White & Case, "Letters of Credit".

36 *Petrosaudi Oil Services (Venezuela) Ltd v Novo Banco SA & Ors* [2017] EWCA Civ 9 (25 January 2017).

37 White & Case, "Letters of Credit".

38 White & Case.

39 White & Case.

Dada las razones anteriores, la experiencia indica que, por lo general, en los proyectos de construcción internacional o de cierta magnitud, la preferencia ha sido por aquellos instrumentos que dan la mayor certeza de pago al beneficiario, lo que suele ser en virtud de las cartas de crédito o los instrumentos de naturaleza similar⁴⁰. Es por esto que es común que aun cuando el contrato EPC se sujete a ley local, los instrumentos de garantía sean otorgados bajo la ley aplicable en alguno de los grandes centros financieros internacionales (Nueva York, Londres o Hong Kong, principalmente). Adicionalmente, es recomendable, independiente la naturaleza del instrumento que se entregue, que se defina contractualmente un mínimo de solvencia respecto de la entidad emisora, de forma tal de asegurar que, en caso de que sea requerida, dicha entidad será capaz de cumplir con su obligación⁴¹.

3.2.1.2. Retenciones

Quizás la garantía más antigua que existe en la industria de la construcción es retener una suma de dinero de los pagos que se adeudan al contratista⁴². Esta retención se libera normalmente contra la consecución de un cierto hito contractual, como la recepción provisoria. En este sentido, han existido discusiones respecto a la naturaleza jurídica del título de tenencia por parte del mandante de esa suma de dinero. Por ejemplo, en Estados Unidos, se ha sostenido que la suma en retención es de propiedad del contratista por consiguiente está expuesta a los reclamos que terceros puedan tener sobre el contratista EPC⁴³. Así, se da como el ejemplo caso *Pearlman v. Reliance Ins Co.*, en el cual la Corte Suprema sostuvo que la entidad que dio un *surety bond* y fue pagado al mandante se subrogaba en la posición del contratista y tenía derecho a recuperar las retenciones del mandante⁴⁴.

Un aspecto interesante del concepto de retenciones, y que por ello quizás las hace menos atractivas en proyectos complejos, es que de ellas se puede derivar un estreñimiento en el flujo de caja del contratista EPC, quien a su vez puede intentar traspasar el mismo a los subcontratistas, poniendo la carga de financiar la construcción en subcontratistas más pequeños, con consecuencias que pueden ser no deseables conforme se explicó más arriba⁴⁵.

3.2.1.3. Garantías Corporativas

Asimismo, en especial en el caso de contratistas internacionales con presencia local, es común que la sociedad matriz del contratista entregue una garantía personal para caucionar las obligaciones del contratista EPC⁴⁶. En estos casos, es común que la garantía sea otorgada en una jurisdicción donde se encuentra constituido el garante o donde tiene una mayor cantidad de activos o bien una jurisdicción que ofrece facilidades en su ejecución.

3.2.2. Mitigantes respecto de subcontratistas

Dado que las relaciones contractuales producen por naturaleza efectos relativos entre las partes no es resorte del mandante intervenir en la relación contractual entre el contratista EPC y sus subcontratistas. Por su parte, el hecho que el contratista subcontrate una parte del alcance del trabajo que le ha sido encomendado, en caso alguno lo liberaría de su responsabilidad por entregar la obra que le ha sido contratada. Lo anterior significa, en principio, que el mandante nada tiene que decir sobre la forma en que el contratista administre su relación con sus contratistas toda vez que le es indiferente el resultado de dicha relación en cuanto no es parte de tal contrato y su contratista directo, esto es el contratista EPC, seguirá siendo responsable de la entrega de la obra.

Sin embargo, el mandante y sobre todo el “proyecto” (incluyendo sus financistas y beneficiarios como las contrapartes del contrato de proyecto) si tienen un interés económico relevante en el adecuado cumplimiento de las relaciones contractuales que tenga el contratista EPC con sus subcontratistas, en especial el pago del precio bajo el subcontrato respectivo. De lo contrario, es muy posible que se produzca una ralentización del avance bajo ese subcontrato, e incluso abandono del proyecto por los subcontratistas, o su insolvencia, con nefastas consecuencias para el proyecto.

En consideración a lo anterior, es común que los contratos EPC contengan mecanismos que permitan al

40 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 173.

41 Steinberg, 171.

42 Steinberg, 187.

43 Allensworth y American Bar Association, *Construction law*, 378.

44 Allensworth y American Bar Association, 378.

45 Allensworth y American Bar Association, *Construction law*, 377–79.

46 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 168–69.

mandante mitigar este riesgo y sobre todo verificar que los pagos que se realicen al contratista principal fluyan efectivamente hacia los subcontratistas del proyecto. En definitiva, se trata de cautelar que el dinero que paga el mandante se invierta en la obra que se debe ejecutar. En caso contrario, existe la posibilidad que el contratista EPC pueda utilizar dichos fondos para otros proyectos o cumplir con otras obligaciones, lo que es un escenario que probablemente se exacerbará en caso de dificultades financieras del contratista EPC.

Este tipo de disposiciones contractuales generalmente se agrupan en dos tipos: aquellas que sujetan el pago del precio contractual a la acreditación del cumplimiento y aquellas que permiten al mandante pagar directamente al contratista en caso de mora por parte del contratista EPC. Usualmente, estos dos tipos de disposiciones se incluyen en contratos EPC y operan en forma relacionada.

3.2.1.1 Acreditación de Cumplimiento:

Es práctica común que, en los contratos de construcción, cualquiera sea su naturaleza, el contratista deba realizar una solicitud de pago, conocido como estado de pago, *payment application*, en virtud de la cual se requiere al mandante la realización de un pago conforme a los términos del contrato y se acompañan los antecedentes que dan cuenta del cumplimiento de los requisitos necesarios para el mismo, dentro de los cuales muchas veces se exige acreditar los pagos exigibles de conformidad a los subcontratos del contratista del proyecto y respecto de los trabajadores del contratista EPC y sus subcontratistas. En nuestra experiencia, esta figura se relaciona con una figura propia de la tradición anglosajona y que muchas veces lleva a confusión, esto es, los denominados *lien waivers*.

Los *lien waivers* son renunciaciones a los denominados *mechanical liens* que, a su vez, son una institución propia del derecho de los Estados Unidos de América. Los *mechanical liens* consisten en una garantía (similar a una prenda o hipoteca) que se constituye respecto de la obra para garantizar el pago de los materiales, mano de obra y servicios que se han invertido ejecutarla o mejorarla⁴⁷. En otras palabras, consiste en una caución que se constituye para asegurar el pago al contratista EPC y/o sus subcontratistas. Una de sus características más destacadas es que dan acción directa al subcontratista impago contra su contratista o incluso contra el dueño de la obra si es que la propiedad sujeta a tal gravamen se encuentra sujeta al *mechanical lien*⁴⁸.

En los países de tradición continental, como es el caso de la mayor parte de Latinoamérica, no existe una figura similar especial que cree un gravamen determinado a favor de los contratistas y subcontratistas de un proyecto que permita dirigirse en contra de los activos del proyecto e incluso directamente contra el desarrollador si ya es dueño de estos. Al menos en Chile; por ejemplo, se requeriría del consentimiento expreso del mandante para constituir una garantía respecto de bienes y materiales del proyecto, sin perjuicio que el contratista EPC podría constituir gravamen sobre sus propios bienes afectos al proyecto. Sin embargo, en nuestra experiencia, no hemos visto ocasión en que se constituya un gravamen de tal naturaleza y más aún iría en contra de uno de los principios básicos de la estructura de financiamiento de proyectos, que consiste en que los activos del proyecto en su totalidad se dan en garantía de primera prioridad a favor de los financistas⁴⁹.

De hecho, es completamente estándar que el contrato EPC y los subcontratos establezcan la obligación del contratista respectivo de entregar las obras objeto del contrato libre de gravámenes o restricciones al libre ejercicio del derecho de dominio de cualquier especie⁵⁰.

Independiente de la existencia o no de "*lien waivers*" en una jurisdicción determinada, es muy usual que se entreguen declaraciones por parte del contratista (y cada vez más común respecto de subcontratistas) que den cuenta del cumplimiento de sus obligaciones respecto de terceros; que a esa fecha el contratista ha recibido satisfactoriamente los pagos que correspondan conforme al estado de ejecución de las obras bajo el contrato respectivo; y que ha realizado todos los pagos que corresponden a sus subcontratistas y proveedores.

Incluso, en algunos casos la ley regula y establece protecciones similares respecto al cumplimiento de obligaciones con trabajadores. Por ejemplo, el Código del Trabajo chileno establece el denominado "derecho

47 Allensworth y American Bar Association, *Construction law*, 513. Su origen se encuentra en la construcción del edificio del Capitolio de los Estados Unidos, en el cual los padres fundadores Thomas Jefferson y James Madison, idearon este sistema para lograr atraer a los contratistas de especialidad a un proyecto intensivo en capital encargado por un mandante sin solvencia conocida en ese momento (el gobierno de un país naciente)

48 Allensworth y American Bar Association, 514.

49 Yescombe, *Principles of project finance*, 383.

50 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 200.

de retención” mediante el cual se permite a la empresa principal retener, de los pagos que debe efectuar a los contratistas que no acrediten el cumplimiento íntegro de sus obligaciones laborales y previsionales, los montos por los cuales es responsable y pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora. El mismo derecho tienen los contratistas respecto de sus subcontratistas.

Por su parte, la misma ley exige a las empresas principales cumplir con el denominado deber de información, respecto del cual, si no se informa del debido cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones antes mencionadas, podrá ser responsable solidariamente de las mismas. Por lo anterior, los contratos de construcción sujetos a ley chilena casi con completa uniformidad exigen al contratista acreditar el pago de sus obligaciones laborales y previsionales (y la de sus subcontratistas) antes que se libere un pago al contratista.

3.2.1.2. Pago del Mandante: pago por un tercero

Otra figura muy común es permitir que el mandante pague directamente las sumas impagas que pueda tener el contratista EPC respecto de sus subcontratistas y que luego dicho pago se reembolse al mandante con cargo a las sumas que adeude al contratista o incluso a las garantías que pueda tener bajo el contrato, sean garantías líquidas o retenciones.

Como primera consideración esta figura es permitida, al menos, por los ordenamientos basados en la tradición continental⁵¹, sobre la base de una de las instituciones clásicas del derecho civil cual es el pago de la deuda por un tercero, la cual se reconoce que desde los tiempos del Derecho romano. En el caso del *common law*, también se reconocería —aunque con mayores restricciones— a través de figuras como el enriquecimiento sin causa o la gestión de negocios ajenos, pero no necesariamente a través de una legitimación para el pago⁵².

Muchas veces los contratos EPC no ahondan en el título en virtud del cual el mandante realizará el pago de esta deuda. En definitiva, queda la duda si lo hace como mandatario del deudor (con o sin representación) o verdaderamente como un tercero que paga una deuda que le es contractualmente ajena. Estimamos que usualmente lo que hacen los contratos EPC es dar cuenta del consentimiento que da el contratista EPC para que el mandante pague una deuda que le es ajena en el interés del proyecto.

Respecto a la validez del pago de la deuda ajena, los principios de libertad contractual y el principio subyacente de que las obligaciones nacen para ser satisfechas han resultado, en general, en una amplia legitimidad para que se realice el pago por un tercero, en este caso el mandante. Lo anterior con especial confirmación cuando la prestación debida es dineraria y por consiguiente el interés del acreedor puede ser satisfecho sin especial consideración a la persona que lo haga. De esta forma, el Código Civil chileno, por ejemplo, permite el pago de una deuda ajena aun en contra de la voluntad del deudor, protegiendo por consiguiente el interés del acreedor. Desde luego, los efectos son distintos si el pago se hace con el consentimiento del deudor, con su conocimiento o contra su voluntad.

En efecto, de este fenómeno devienen una serie de ramificaciones jurídicas, muchas veces complejas, y que han sido latamente tratadas en la doctrina y jurisprudencia, basadas, precisamente, en si ha concurrido el conocimiento o voluntad del deudor para que el tercero ajeno a su relación contractual, esto es, en nuestro caso base, el mandante, efectúe el pago de la obligación.

En este sentido, al menos en lo que toca a la ley chilena, es fundamental el hecho que el contratista EPC de su consentimiento al pago que realizará el mandante, sujeto a las condiciones que se establezcan en el contrato EPC. Esto por cuanto, existiendo dicho consentimiento, dará lugar a la figura del pago por subrogación, conforme lo establece el artículo 1610 del Código Civil chileno. De esta forma, un tercero absoluto a la relación jurídica entre contratista EPC y subcontratista pasa a ser un tercero con interés beneficiándose de esta forma de subrogarse en la posición del acreedor⁵³.

La subrogación permite que el mandante pagador tome la posición jurídica que tenía el acreedor, esto es el subcontratista, en cuanto a los derechos que su acreencia le confieren. Tal como dispone el artículo 1612 del Código Civil Chileno, la subrogación “traspasa al acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros obligados solidario o subsidiariamente al pago de la deuda”.

51 Serrano Herrera, “La legitimación para el pago de un tercero”, 143.

52 Macgregor y Whitty, “Payment of Another’s Debt, Unjustified Enrichment and *Ad Hoc Agency*”.

53 Serrano Herrera, “La legitimación para el pago de un tercero”, 148.

De esta forma, en un escenario de subrogación, a diferencia de una acción de reembolso – como emanaría de un escenario de mandato o de pago sin consentimiento del deudor – el mandante tendrá los mismos derechos que tenía el subcontratista acreedor del contratista EPC. En este sentido, si el contratista EPC, por ejemplo, otorgó una garantía para caucionar el pago al subcontratista, el mandante tendría, al menos en principio, derecho a dirigirse contra ésta.

Hasta este punto, se ha examinado esta figura desde el punto de vista del mandante. Sin embargo, desde la perspectiva del contratista EPC debe considerarse un aspecto fundamental. Es posible que el contratista EPC sostenga que la deuda que haya pagado el mandante no se haya devengado o se encuentre en medio de una disputa con el subcontratista respectivo. A esto debe sumársele que usualmente el mandante no tendrá visibilidad respecto a los términos y condiciones del subcontrato.

En este sentido, bien puede argumentarse que el mandante al pagar una deuda que no se ha devengado lo hace a su propio riesgo y no tendrá acción contra el contratista EPC. En otras palabras, el mandante debe probar que existe una deuda exigible o responsabilidad por parte del contratista EPC para realizar un pago al subcontratista (a falta de una disposición contractual expresa).

Precisamente, este es el punto de discusión de un interesante caso ocurrido en Inglaterra: “Nobiskrug GmbH v Valla Yachts Ltd”⁵⁴. Valla Yachts encargó a Nobiskrug, un astillero alemán, la construcción de un yate de máximo lujo (de hecho, uno de los más grandes del mundo). El contrato entre las partes no regulaba la posibilidad de realizar pagos directos a subcontratistas. Sin embargo, Valla Yachts pagó directamente a distintos subcontratistas que tenían reclamos en contra de Nobiskrug, reservándose los derechos de recuperar en contra de Nobiskrug.

El caso fue conocido por un tribunal arbitral de primera instancia, que dio la razón a Valla Yachts, obligando a Nobiskrug a reembolsar los montos, sobre la base de una responsabilidad emanada de la mala administración del proyecto, pero no se pronunció respecto de si era necesario probar si los pagos reclamados por los subcontratistas eran efectivamente exigibles. Conforme a lo anterior, Nobiskrug apeló dicha decisión ante la Commercial Court señalando que el tribunal Arbitral había errado en ordenar reembolsos a Valla Yachts sin haber verificado primeramente que Nobiskrug era responsable por dichos pagos.

Por su parte, Valla Yachts contra argumentó que el reembolso era más bien una restitución emanada de una figura similar al enriquecimiento sin causa. En este sentido, pareciera que Valla Yachts concedió que al menos, en principio, el curso natural sería precisamente acreditar la responsabilidad y que a falta de ésta se puede intentar la vía del enriquecimiento sin causa⁵⁵.

3.2.3. Propiedad de equipos, materiales y las obras

Otro aspecto relevante en caso de un potencial escenario de dificultad financiera o insolvencia de un contratista EPC dice relación con la propiedad de los trabajos, equipos y materiales que se han utilizado en la ejecución del contrato EPC y también su correspondencia con el riesgo de custodia y destrucción de estos.

En este sentido, un principio uniformemente aceptado en la contratación bajo la modalidad EPC es que el riesgo de custodia y destrucción de las obras, equipos y materiales es del contratista EPC hasta la recepción de la obra por parte del mandante. Lo anterior, haría suponer que la propiedad de tales activos se mantendría en el contratista EPC hasta dicha recepción y por consiguiente expuestos al derecho de prenda general que puedan tener sus acreedores⁵⁶.

Por estos motivos, es común que los contratos EPC establezcan que la propiedad de los activos objeto de este se vaya transfiriendo tan pronto sea posible conforme a la ley aplicable (con la llegada de los materiales

54 Leaver y Clarke, “Paying Subcontractors Directly”.

55 Leaver y Clarke.

56 En este sentido, existen discusiones doctrinarias acerca del momento de transferencia de la propiedad de la obra atendida la naturaleza jurídica del contrato de construcción bajo el derecho chileno ya que se discute si tiene la naturaleza de compraventa (donde el contratista es dueño de la obra hasta su entrega) o de arrendamiento, donde el mandante es el dueño de los materiales que ha suministrado. Véase, López Santa María y Elorriaga de Bonis, *Los contratos*, 663–64.663-664; San Martín Neira, “Contrato Para La Confección De Obra Material”. manufacture or produce goods, for the other party can be considered as a contract of sale or as a service contract. Based on historical and dogmatic arguments, it provides criteria to deal with the difficulties faced by the interpreter when classifying a particular commitment. It also refers to the rules that should govern the contractual relationship: the conclusion of the agreement as well as the delivery of the goods. Finally, it refers to the legal consequences that follow from the no performance or the lack of conformity of the goods, especially when the commitment is considered a contract of sale.” container-title: “Revista de derecho (Coquimbo

al sitio, la incorporación de trabajos civiles a la obra, etc.). Esto también, en general, es apetecido por los financistas del proyecto ya que irá en beneficio del paquete de garantías del proyecto, que cubrirá todos los activos de este, y que por consiguiente deben ser de propiedad del mandante⁵⁷.

3.2.4. *Terminación anticipada del contrato y cesión de subcontratos*

3.2.4.1. *Cláusulas de Terminación Anticipada*

Es usual que los contratos EPC tengan un variado listado de causales o eventos que permitirán al mandante poner término a la relación contractual y efectivamente remover al contratista EPC de la ejecución del proyecto. En general, estas cláusulas pueden fundarse en el incumplimiento de una de las partes, como por ejemplo falta de pago a subcontratistas, retrasos, abandono, etc. o bien en hechos que sin constituir un incumplimiento de una prestación contractual propiamente tal, hacen deseable para el mandante remover al contratista EPC, como una situación concursal o de insolvencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la relevancia de estas cláusulas, la complejidad jurídica que reviste investir a una de las partes en la facultad de terminar anticipadamente una relación bilateral y en algunos casos la protección que los ordenamientos jurídicos dan a ciertos intereses como es el caso de otros acreedores en una situación concursal, hacen que estas cláusulas puedan presentar complejidades en su ejecución, en especial en situaciones de insolvencia, lo que desarrollaremos en la Sección 4 siguiente.

3.2.1.2 *Cesión de Subcontratos en caso de Terminación Anticipada*

En la práctica cuando un desarrollador termina el contrato EPC tiene dos alternativas para continuar con el desarrollo del proyecto: contratar un nuevo contratista EPC que asuma la obra en el estado que se encuentra; o bien asumir directamente el control de la obra. En este último caso, podría a, su vez, buscar nuevos subcontratistas o bien intentar recontratar a dichos subcontratistas. Cualquiera de estos escenarios, en nuestra experiencia presenta dificultades prácticas y jurídicas.

En cuanto a contratar a un nuevo contratista EPC, es difícil que un contratista responsable asuma el riesgo de una obra a medio camino sobre la cual no tiene control o bien cobrará una prima por ese mayor riesgo asumido que puede hacer inviable su contratación. En cuanto a contratar nuevos subcontratistas la lógica es similar. Por lo anterior, recontratar a los subcontratistas es un escenario más plausible, pero en el cual el mandante se expone a una potencial renegociación de términos y condiciones comerciales en la que su posición negociadora se verá casi con certeza desmejorada.

Por todo lo anterior, un mitigante que puede resultar hasta cierto punto efectivo es acordar, al inicio de la relación contractual, la obligación de ceder los subcontratos que tenga el contratista EPC al mandante o a un tercero que el mandante designe para que pueda terminar la obra, en el caso que nos encontremos en algunos de los supuestos antes indicados.

Este escenario, que no es particularmente complejo de regular en el texto del contrato EPC, en la práctica tiene una serie de implicancias jurídicas y prácticas que vale la pena analizar.

En cuanto a lo jurídico, la figura de la cesión de contrato es un tema que ha merecido análisis doctrinal en distintas jurisdicciones⁵⁸.

Así, por ejemplo, López Santa María la define como “un negocio jurídico por medio del cual una de las partes de un contrato bilateral, con el consentimiento de la otra, transfiere un tercero todos sus derechos y obligaciones que emanan de este contrato, tercero que los asume como propios, pasando a ocupar el lugar jurídico que en él tenía la parte que ha cedido sus derechos y obligaciones”⁵⁹.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo español ha señalado que la cesión del contrato “consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante de la posición íntegra que, ocupada en el contrato cedido, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiere sido el contratante inicial”⁶⁰.

De esta forma, al cederse el contrato este permanece inalterado y las partes pueden interponer y oponer,

57 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 200.

58 El tratamiento doctrinal sobre la cesión de contratos o de posición contractual es amplio. Para un catálogo detallado de su tratamiento véase: López Santa María y Elorriaga de Bonis, *Los contratos*, 683.

59 López Santa María y Elorriaga de Bonis, 684.

60 STS 287-2014, 22 de Mayo de 2014.

mutuamente, las acciones y excepciones que emanan del contrato⁶¹.

Pues bien, esta definición conceptual es relevante en un escenario como el que hemos descrito en a lo menos dos aspectos relevantes. En primer lugar, que la parte cuya posición no es cedida (el subcontratista) debe prestar su consentimiento a la cesión. En segundo lugar, el cesionario asumiría la posición contractual como si hubiera sido el contratante inicial.

Respecto de lo primero, este es un aspecto que el mandante no tiene como controlar directamente toda vez que no será inicialmente parte de dichos subcontratos. Para estos efectos, es usual establecer en el contrato EPC una obligación de obtener el consentimiento del tercero subcontratista o que los subcontratos contendrán una cláusula en virtud de la cual la cesión se autorice desde un comienzo. Por lo general el mandante, no tendrá visibilidad de los subcontratos y por consiguiente como controlar el cumplimiento de las obligaciones.

En cuanto al segundo punto, se colige que todos los reclamos que el contratista EPC tiene en contra del subcontratista pasan al mandante, pero también pasan al mandante todos los reclamos que dicho subcontratista tenía contra el contratista EPC, sean por aumentos de plazo, sobrecostos, etc. En este contexto, en un escenario de dificultad financiera del contratista, es muy posible que existan reclamos que el mandante no tenga como conocer sino hasta cuando pretenda asumir la posición contractual que tiene el contratista EPC.

Por otra parte, desde la perspectiva del contratista EPC existen algunos aspectos que son válidos de considerar.

En primer lugar, el contratista EPC buscará tener latitud en la selección, negociación y administración de sus subcontratos, por lo que puede ser reacio a obligarse a incluir ciertas cláusulas en los mismos, aunque en nuestra experiencia, es cada vez más común que los contratos EPC exijan ciertas cláusulas en los subcontratos, en especial en modalidad financiamiento de proyectos. De hecho, un punto que puede negociarse y cuya aceptación varía según el mercado es que el contratista entregue copia de sus subcontratos (muchas veces tarjados en sus términos comerciales). Esto se utilizaría en los Estados Unidos⁶², pero no es común en Chile, por ejemplo⁶³.

En segundo lugar, puede ser que el subcontrato del que se trate no sea posible de ceder. Por ejemplo, en muchos proyectos de energía, el contratista EPC tendrá un contrato marco con algún proveedor de paneles solares o aerogeneradores que regula la provisión de estos equipos para varios proyectos. En este caso, no podrá ceder el contrato como un todo y usualmente este tipo de subcontratistas tendrán una posición negociadora relevante. En tal caso, debe procurarse que el contrato EPC considere la cesión en su lugar de las órdenes de compra que se hayan emitido en virtud del contrato marco. Sin embargo, reemplazar al contratista EPC hacia adelante, no sería posible.

Finalmente, es relevante señalar que, en la práctica, cuando se llega a este escenario es porque el proyecto está en problemas y en nuestra experiencia, aun cuando se regule con cuidado a nivel de contrato EPC, habrá múltiples variables que considerar y que deberán negociarse en su oportunidad. A modo de ejemplo, la restitución y renovación de garantías vigentes, tratamiento de retenciones, reclamos en curso o litigios en curso, compensaciones por sobrecostos por mayores estadías, entre muchas otras.

3.3 Consideraciones respecto de los financistas y otros stakeholders del proyecto

3.3.1. Respecto de los financistas

Como se indicó anteriormente, los financistas tienen, en términos comerciales al menos, un interés muy relevante en los términos y condiciones del contrato EPC y en general buscarán que la mayor parte de los riesgos sean asignados al contratista. De esta forma, una tendencia que hemos notado en la práctica es que los contratos de construcción en proyectos financiados bajo esta modalidad tienden a ser más favorables al mandante que aquellos que no corresponden a la modalidad *project finance*. En esa línea, un autor tan renombrado como Yescombe⁶⁴ ha señalado que los modelos FIDIC no son completamente apropiados para financiamiento de proyectos y, un abogado tan reconocido como Steinberg comenta que modalidades

61 López Santa María y Elorriaga de Bonis, *Los contratos*, 690.

62 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 57.

63 Cabe señalar que, en el marco del sistema de concesiones chileno, la autoridad sí exige copia de los subcontratos de un primer nivel por regla general, lo que correspondería, en la práctica, al contrato EPC y el contrato de O&M del proyecto.

64 Yescombe, *Principles of project finance*, 165.

distintas de EPC pueden ser difíciles de financiar bajo financiamiento de proyectos⁶⁵.

En efecto, en el proceso de financiamiento de Proyecto, uno de los aspectos más relevantes de la debida diligencia legal (también conocido como *due diligence*) es la revisión de los contratos de construcción del proyecto. En este sentido, los financistas tomarán dos tipos de recaudos para tener la tranquilidad suficiente en orden a financiar el proyecto. En primer lugar, revisarán que los términos y condiciones del contrato de construcción sean acordes a condiciones de mercado y, en segundo lugar, buscarán tener ciertos derechos de intervención directa en el proyecto en caso de que la situación de este se complejice.

Estos derechos se conocen en el mercado como derechos de intervención o *step in rights*⁶⁶ y generalmente se regulan por medio de los denominados acuerdos directos y los instrumentos de garantía que correspondan a cada jurisdicción⁶⁷. Por medio de estos derechos, en general los financistas buscarán tomar control del día a día de la compañía de proyecto y poder entenderse directamente con el contratista EPC ante un incumplimiento del mandante de sus obligaciones bajo sus contratos de financiamiento⁶⁸.

Los acuerdos directos suelen regular aspectos tales como que se reconozca la existencia de una garantía respecto de los derechos contractuales bajo el contrato EPC; plazos adicionales en caso de incumplimiento del mandante para que los financistas puedan subsanar dichos incumplimientos; y el derecho a intervenir el contrato respectivo de forma tal de tomar en la práctica la posición de mandante o incluso llegar al reemplazo de este en casos más extremos⁶⁹.

En este sentido, *prima facie*, los acuerdos directos no tienen relación directa con una situación de dificultad financiera del contratista EPC, pues más bien se refieren a incumplimientos del mandante. Sin embargo, es usual que los contratos de crédito de financiamiento de proyecto se considere una situación de retraso o incumplimiento bajo el contrato EPC (sin distinguir si dicho incumplimiento es del mandante o el contratista EPC) para que se considere que existe un incumplimiento bajo el contrato de crédito y, por consiguiente, se puedan hacer valer los derechos bajo el acuerdo directo.

Es interesante tener presente que la ejecutabilidad de un acuerdo directo es un tema latamente discutido por la doctrina a nivel comparado, pero no sabemos de precedentes en que se haya puesto a prueba la misma⁷⁰.

3.3.2. Respetto de las contrapartes de los contratos de proyecto

Dado el interés que tiene la contraparte del contrato de proyecto en la entrega del proyecto a tiempo y cumpliendo las especificaciones requeridas no es inusual que existan derechos de intervención en favor del contratante o la autoridad⁷¹, esto es más común en los proyectos de concesión o alianza público-privada. En general estos derechos consideran la posibilidad de la autoridad de intervenir en dos tipos de situaciones, que suelen ser restringidas a lo siguiente: i) cuando el proyecto este causando riesgos significativos a la salud seguridad, amenace la seguridad nacional u otros casos en que establezca cada jurisdicción; o ii) cuando existen incumplimientos al contrato de concesión, lo que a su vez puede derivarse del incumplimiento del contratista EPC a causa de su situación financiera. El ejemplo más obvio sería el retraso en la entrega del proyecto en la fecha prevista bajo el contrato de concesión.

Por ejemplo, la ley de concesiones chilena⁷² contempla la facultad de la autoridad de intervenir la concesión en caso de incumplimiento grave de la concesionaria de sus obligaciones bajo el contrato de concesión y operarla directamente. Asimismo, contempla ciertos requisitos de información respecto de los subcontratos de la concesionaria subcontratistas y permite que cada contrato de concesión establezca requisitos para los mismos.

Adicionalmente, algunos contratos de concesión establecen ciertos derechos de intervención respecto de los subcontratos de la concesionaria. Por ejemplo, en el caso del Segundo Programa de Concesiones de Establecimientos de Salud actualmente en proceso de licitación, las bases de licitación (que forman

65 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 8.

66 Yescombe, *Principles of project finance*, 193.

67 Por ejemplo, en Chile es posible preñar los derechos (entendidos como créditos) emanados en una relación contractual. De esta forma, el acreedor al menos tendría un cierto grado de interferencia en el contrato cuyos derechos se preñan, ya que la contraparte pasa a tener conocimiento de un tercero con interés sobre el referido contrato.

68 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 27.

69 Yescombe, *Principles of project finance*, 194.

70 World Bank Group, "Guidance on PPP Contractual Provisions", 89.

71 Dentons, "Middle East & Africa PPP Guide", 12.

72 Ley de Concesiones de Obras Públicas. Artículos 28 y 37.

parte del contrato de concesión), disponen que la autoridad tiene derecho a requerir la remoción de un subcontratista por razones fundadas⁷³. Otro ejemplo de derechos de intervención contemplados el caso de proyectos de infraestructura es el caso de los proyectos de mejora y reparación del metro de Londres adjudicados en 2001. En estos casos, los contratos respectivos consideraban posibilidades de intervención por la autoridad en caso de incumplimiento por parte de los adjudicatarios⁷⁴.

Finalmente, un punto que debe considerarse, y que escapa al alcance de este artículo, es la coordinación entre los derechos de intervención de la autoridad y los de los financistas⁷⁵ y que hemos notado que en muchos proyectos no se considera.

4. Algunos aspectos legales asociados a la insolvencia de un contratista

No obstante, los mitigantes descritos anteriormente, es posible que la mala situación financiera del contratista EPC finalmente devenga en una situación jurídica de insolvencia (nos remitimos a lo que indicamos en la Sección I precedente respecto a que entendemos por insolvencia, aunque hacemos presente que no todas las jurisdicciones definen insolvencia), la cual, por su propia naturaleza, tendrá una serie de consecuencias que pueden ser muy relevantes para el proyecto.

En esta sección nos referiremos a algunos aspectos específicos en materia de insolvencia que pueden derivarse de una situación de esa naturaleza respecto de un contrato EPC. Debemos hacer presente que el derecho concursal es una de las ramas más complejas del derecho y que cualquier aproximación que podamos hacer en este artículo será acotada en cuanto a los aspectos a tratar y general en cuanto a la profundidad de su análisis.

Para contextualizar, en general, los procesos de insolvencia tienen dos resultados previstos, la liquidación de los activos del deudor y el fin de su actividad comercial o bien la reorganización de sus pasivos con el fin de continuar las operaciones de la empresa (como podrá suponer el lector, la reorganización perfectamente puede no ser exitosa y devenir finalmente en una liquidación, pero asimismo, una reorganización concursal no necesariamente requiere que el deudor respectivo se encuentre en insolvencia o en cesación de pagos)⁷⁶.

En esta sección nos enfocaremos principalmente en el caso de un proceso de reorganización y las protecciones que se le dan al deudor durante este período, toda vez que es en este escenario donde el contratista EPC podría continuar con la ejecución de las obras y lograr llevar a término el proyecto de construcción⁷⁷.

Ejemplos de este tipo de procesos son el ya mencionado “Chapter 11” de Estados Unidos, el “Administration” bajo ley inglesa, el *Sauvegarde de Entepresises* de la ley francesa⁷⁸ o la reorganización concursal chilena.

Uno de los aspectos comunes a los procedimientos de insolvencia (ya sea de liquidación o reorganización), es el denominado “moratorium”, paralización o suspensión (*stay* como se lo conoce en inglés) o protección financiera concursal como se denomina en Chile. En virtud de esta figura, se prohíben o limitan el inicio de nuevas acciones judiciales contra el deudor o incluso aquellas en curso y/o la ejecución de garantías o incluso se mantienen vigentes las relaciones contractuales del deudor, aun cuando haya pactado lo contrario⁷⁹. Esta figura tiene aplicación en todos los procedimientos antes mencionados con mayores o menores restricciones y que varían en cada legislación.

73 “Resolución Dirección General de Concesiones Número 0014: Bases de Licitación para el ‘Segundo Programa de Concesiones de Establecimiento de Salud’, a ejecutar a través del sistema de concesiones,” Artículo 1.7.3.1.

74 Spagnolo, “Best Practices on Contract Design in PPPs”, 54–56.

75 Yescombe, *Principles of project finance*, 144.

76 El detalle de los distintos procedimientos de insolvencia escapa largamente el objeto de este artículo, pero a modo de ejemplo la Ley Número 20.720 de Chile o el United States Bankruptcy Code siguen esta lógica.

77 A modo general, la Guía Legislativa de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (“CNUDMI” o “UNCITRAL”, por sus siglas en inglés) ha definido la reorganización como el “proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la reestructuración de la deuda, la capitalización de ésta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha”. United Nations Commission on International Trade Law, *CNUDMI guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.*, 8.

78 Jones Day, “Comparison of Chapter 11”.

79 Por ejemplo, el CNUDMI la ha definido, en términos amplios, como: “medida que impide la apertura o suspende la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella”. United Nations Commission on International Trade Law, *CNUDMI guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.*, 9.

En general, puede señalarse que el fundamento de la moratoria se basa que por la naturaleza colectiva de los procedimientos de insolvencia se requiere amparar los intereses de todos los acreedores, respecto de la actuación de alguno de ellos⁸⁰. Asimismo, y en cuanto a lo que se refiere a los procesos de reorganización también se fundamenta en permitir que el deudor pueda continuar con su negocio dándole un espacio de tiempo y margen para reordenar sus negocios⁸¹.

Los alcances de la moratoria o paralización varían en cada legislación, tanto en cuanto su alcance (si cubren acciones previas o posteriores) como en su temporalidad (si alcanzan la totalidad del procedimiento de reorganización o una parte de este). También, las distintas legislaciones prevén distintas excepciones a la paralización⁸².

Finalmente, otro aspecto relevante a considerar en cuanto a proyectos de construcción es el tratamiento que la normativa concursal le entrega a los créditos que pueda tener el mandante respecto del contratista EPC, por ejemplo, a raíz del pago de la deuda con subcontratistas, y especial si son personas relacionadas. Lo anterior, toda vez que en muchos casos el Contratista EPC a su vez es por sí o a través de una persona relacionada, accionista de la sociedad que desarrolla el proyecto.

En función de lo anterior, examinaremos tres aspectos que tienen implicancia directa en el desarrollo de un proyecto de construcción, a saber: la terminación del contrato EPC en el marco de un proceso de reorganización, la ejecución de las garantías líquidas y una breve nota sobre procesos de insolvencia transfronterizos.

4.1.1 Terminación del contrato EPC por procedimiento concursal

En el evento que el contratista EPC entre en insolvencia (o sin estar técnicamente en cesación de pagos, inicie un procedimiento de reorganización concursal), es posible que el mandante quiera tomar acción rápidamente y reemplazar en lo posible al contratista EPC. En este sentido, es muy común que los contratos EPC tengan cláusulas que en términos muy amplios establecen el derecho del mandante a terminar el contrato EPC en caso de una mala situación financiera o cualquier tipo de situación concursal o de insolvencia del contratista EPC. Si bien su inclusión en los contratos es usual, su utilización no lo es tanto en nuestra experiencia por dos motivos principales, uno práctico y otro jurídico.

En primer lugar, terminar un contrato EPC durante la ejecución de este presenta una serie de complejidades, siendo quizás la principal, la dificultad de encontrar un nuevo contratista que asuma el riesgo de construcción en la mitad de la ejecución del proyecto, sin conocer el estado en que se encuentra la obra y los problemas que pudiera tener.

En segundo lugar, un aspecto común a los procedimientos concursales, latamente discutido en la doctrina y jurisprudencia por su relevancia, es el tratamiento que se le da a los contratos que tenga vigente el deudor, como sería el caso de nuestro contrato EPC. En general, vemos dos efectos que pueden ser muy relevantes para un proyecto de construcción. Por una parte, la prohibición que establecen muchas legislaciones de terminar un contrato por la entrada del deudor en una situación de insolvencia (sea de liquidación o reorganización), lo cual se conoce como las cláusulas *ipso facto*⁸³. Por otra parte, la posibilidad que tendría el deudor en reorganización de o poner término por su parte a algunos contratos, como el "Chapter 11" de Estados Unidos⁸⁴. Cabe notar que el tratamiento de estas materias varía en cada legislación⁸⁵ y; por ejemplo, en el caso chileno o en el Administration del Reino Unido⁸⁶ no se contempla.

En cuanto a la posibilidad de terminar el contrato EPC por parte del acreedor y las denominadas cláusulas *ipso facto* la ejecutabilidad de estas cláusulas puede verse limitada o restringida. Por lo tanto, en el caso del "Chapter 11" de Estados Unidos por regla general este tipo de cláusulas no son ejecutables⁸⁷. Otra aproximación es la del caso chileno, donde no se prohíbe la ejecución de estas cláusulas, pero se establece que en caso de que el contrato respectivo se termine invocando el inicio de un procedimiento

80 United Nations Commission on International Trade Law, 101.

81 United Nations Commission on International Trade Law, 102.

82 United Nations Commission on International Trade Law, 101–8.

83 Eidenmüller, "Comparative Corporate Insolvency Law", 20.; Goldenberg Serrano, *La Protección Financiera Concursal*, 85.; Cárdenas Villarreal y Reveco Urzúa, *Remedios contractuales*, 548.

84 Jones Day, "Comparison of Chapter 11", 14. Sobre los fundamentos de esta materia, véase United Nations Commission on International Trade Law, *CNUDMI guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.*, 154–60., en especial los casos en que puede hacerlo y las excepciones a este derecho.

85 United Nations Commission on International Trade Law, 148.

86 Jones Day, "Comparison of Chapter 11", 14.

87 Steinberg, *Understanding and negotiating EPC contracts*, 110..

de reorganización durante el período de protección que establece la ley, las acreencias de la parte que lo termina quedarán en el último nivel de preferencia⁸⁸.

Cabe señalar que, en el caso chileno, al menos, la restricción se limita al caso de invocar la terminación del contrato únicamente por haberse iniciado el procedimiento concursal de reorganización⁸⁹. De hecho, del tenor de la norma respectiva en la ley chilena, todos los demás términos y condiciones del contrato se mantienen vigentes y nada obsta en dar término al contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista EPC, si así corresponde conforme a los términos del contrato EPC⁹⁰.

Esto produce un fenómeno interesante, ya que el fundamento de la prohibición de estas cláusulas es por una parte permitir que el proceso de reestructuración efectivamente le dé “aire” al deudor y por otra parte que un acreedor tenga una ventaja respecto de otros acreedores por el hecho de ejecutar este tipo de cláusulas.

Lo anterior, sin duda puede tener lógica desde el punto de vista del interés del deudor o mejor dicho del proceso concursal y los acreedores del deudor. Sin embargo, el interés del mandante al ejecutar estas cláusulas no es necesariamente acelerar un crédito o pagarse previo a la moratoria, sino más bien deshacerse del contratista para poder terminar de ejecutar la obra, lo que es sin perjuicio que luego intente perseguir la correspondiente indemnización de perjuicios.

En este sentido, parece ser que la conclusión general es que para el desarrollador del proyecto no bastará con la insolvencia del contratista EPC, sino que además deberá fundarse en un incumplimiento por parte del contratista a sus obligaciones bajo dicho contrato. En otras palabras, si el contratista EPC ha cumplido diligentemente el contrato, la insolvencia de este no será causal suficiente de terminación o bien será desincentivada por la legislación.

4.1.2. Ejecución de garantías líquidas bajo el contrato EPC

Muchas de las legislaciones que establecen moratorias en el caso de un procedimiento de reorganización concursal, establecen una prohibición de iniciar procedimientos ejecutorios en contra del deudor y de ejecutar las garantías que se tengan respecto de ésta mientras dure la moratoria. Tal es el caso de Francia, Estados Unidos, Chile, Alemania e Inglaterra, entre otras⁹¹.

En este caso, una de las preguntas que rápidamente surge es si es posible ejecutar las denominadas “garantías líquidas” que el contratista ha entregado conforme al contrato EPC. Usualmente estas garantías tienen, hasta cierto punto, una naturaleza distinta que las denominadas cauciones (sean reales o personales) en cuanto derecho que constituye el deudor para asegurar el pago de sus obligaciones, como lo sería una prenda u otra caución real⁹².

Por ejemplo, en Estados Unidos, en general, se ha entendido que el beneficiario de una carta de crédito *stand-by* puede cobrarla aun cuando el tomador se encuentre sujeto al Chapter 11⁹³. Lo anterior se sustenta en el hecho que bajo esa jurisdicción la obligación bajo la carta de crédito no es una obligación de garantía, sino que es una obligación directa del emisor para con el beneficiario que se hace ejecutable contra el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho documento.

En ese contexto, la carta de crédito no es un activo del deudor. Ejecutada la carta de crédito, el emisor tendrá una acreencia contra el tomador, la que quedará sujeta a las reglas del procedimiento concursal y que puede tener complejas consecuencias jurídicas (que escapan el alcance de este artículo). Por este motivo, es posible que en la negociación de la carta de crédito el acreedor busque tener ciertos resguardos para evitar verse en una situación que desmejore su posición o bien exija garantías al tomador que resguarden dicha acreencia.

En el caso chileno, el tema es discutible, ya que en las boletas de garantía o las pólizas de seguro de garantía por incumplimiento el obligado al pago es directamente un tercero ajeno al deudor, podría argumentarse que están fuera del alcance de la protección establecida en el artículo 57 número 1 letra

88 Ley de Reorganización y Activos de Empresas y Personas., Artículo 57 Número 1, letra C.

89 Goldenberg Serrano, *La Protección Financiera Concursal*, 84.

90 Goldenberg Serrano, 86.

91 Jones Day, “Comparison of Chapter 11”.

92 Es importante notar que la ejecución de garantías (entendiendo por esta cauciones personales o reales) es uno de los aspectos más complejos [y discutidos] del derecho concursal. En este artículo sólo haremos una breve referencia al particular caso de las denominadas “garantías líquidas” que son comunes a los contratos EPC y que describimos en la sección 3.2.1(a) precedente.

93 American Bar Association, “Letters of Credit and Applicant Bankruptcy”.

c de la ley 20.720. En general, la doctrina se ha inclinado en cuanto a que el cobro de esta justificado en el inicio de un procedimiento concursal de reorganización se encuentra dentro del alcance de la norma de protección establecida en el referido artículo⁹⁴. Así lo ha entendido la jurisprudencia en el caso denominado "Delta Ingeniería S.A.", donde el tribunal señaló que por el hecho de encontrarse bajo protección financiera concursal la referida compañía no era posible cobrar garantías aun cuando fueran de naturaleza líquida⁹⁵.

Es relevante señalar, que lo anterior no obsta, al menos en el caso chileno, al cobro de las garantías fundado en un incumplimiento de las obligaciones del contratista EPC, con independencia de si se encuentra en un procedimiento concursal de reorganización.

4.1.3. Pago a subcontratistas por el mandante

Otro punto que se debe considerar es el caso que el mandante, ante la mala situación financiera del contratista EPC, pague directamente deudas que este último pueda tener respecto de sus subcontratistas, como detallamos en la sección 3.2.2 precedente. Pues bien, esto puede tener algunas consecuencias relevantes en caso de que finalmente el contratista EPC entre en insolvencia o una situación concursal. Debemos notar que estos efectos pueden ser complejos de determinar y desde luego varían para cada legislación. Así, a continuación, examinamos a modo general, algunas de estas consecuencias para el caso chileno.

En la medida que producto del pago por el mandante directo al subcontratista opere la subrogación en la posición de este último, el mandante tendría un crédito en las mismas condiciones y privilegios (de tenerlos) que aquel que tenía el subcontratista respecto del contratista EPC. Esto significaría que el mandante tendría que verificar sus créditos en el marco del procedimiento según corresponda.

A su vez, respecto del mismo ejemplo, pero en el caso de las obligaciones laborales a las que hacíamos referencia en la misma sección, estas gozarían de las preferencias que la ley chilena establece a su favor.

Finalmente, en el caso chileno, en ciertos casos, si el acreedor (mandante) es persona relacionada con el deudor (contratista EPC) estos créditos emanados de la subrogación podrían llegar a posponerse por aplicación del artículo 63 de la Ley 20.720. Esto puede ocurrir, en el evento que uno de los accionistas del mandante sea el contratista EPC o una de sus personas relacionadas, lo que no es inusual en proyectos como los que hemos analizado en este artículo.

Como se puede ver, las ramificaciones en estos escenarios son muchas y sin duda un mandante responsable debe consultar a un experto local si se ve enfrentado a esta situación.

4.1.4. Procedimientos internacionales

Un último aspecto para tener en cuenta dice relación con los procedimientos de quiebra transfronterizos. En los grandes proyectos de construcción es común que el contratista o alguna de las partes involucradas sea una empresa internacional o una sucursal de esta. Esto es particularmente común en las denominadas estructuras divididas o "Split" donde un contratista presta servicios desde el extranjero, el denominado contratista *offshore* o bien cuando uno de los garantes del contrato es extranjero. En esos casos, si dichas entidades internacionales caen en una situación de insolvencia, la referida insolvencia en una jurisdicción puede generar efectos en otra jurisdicción, con lo cual estaríamos en presencia de una insolvencia transfronteriza, con las dificultades referidas a determinar la sede principal de los negocios, y, en consecuencia, cuál será la sede del procedimiento principal de insolvencia; así como la forma en que los derechos de los respectivos acreedores se harán valer en cada jurisdicción.

5. Conclusión

Un gran proyecto de construcción está expuesto a una serie de riesgos, dentro de ellos las dificultades financieras de los contratistas EPC. Lamentablemente, es una situación que nos parece veremos con mayor frecuencia a raíz del impacto de la pandemia del Covid-19.

Si estos riesgos se materializan las partes estarán llamadas a trabajar en conjunto y aplicar los mitigantes que establezcan los contratos que las vinculen. En el caso de la mala situación financiera o insolvencia del contratista EPC, la situación debe ser tratada con mucho cuidado. Como se puede

94 Goldenberg Serrano, *La Protección Financiera Concursal*, 84–86.; Cárdenas Villarreal y Reveco Urzúa, *Remedios contractuales*, 553.

95 Goldenberg Serrano, *La Protección Financiera Concursal*, 92.

observar, los contratos modalidad EPC suelen contener una serie de disposiciones que pueden mitigar los efectos de una situación de esta naturaleza. Sin embargo, el uso de estas, por ejemplo, el pago directo a un subcontratista por parte del mandante tendrá una serie de complejos efectos jurídicos que irán variando conforme a cada jurisdicción, basados en elementos del derecho de las obligaciones y los contratos. Por lo anterior, es muy relevante que los contratantes responsables actúen con la celeridad que requiera el caso, pero sin precipitación y siempre será recomendable la asesoría experta en la jurisdicción respectiva. De lo contrario, las consecuencias pueden ser imprevistas, y muchas veces indeseadas, para las partes.

Por otra parte, en los proyectos complejos las relaciones contractuales van mucho más allá del contrato que vincula al mandante con su contratista. Hay actores muy relevantes y con válidos intereses respecto del proyecto: autoridades u *offtakers*, financistas, subcontratistas, trabajadores y proveedores. Como hemos podido repasar brevemente en este artículo, estos intereses se intentan conciliar durante el desarrollo del proyecto y deben considerarse al momento de su ejecución.

Si la situación del contratista EPC deviene en insolvencia se sumará un nuevo interés a ser considerado, cual es la masa de acreedores, lo que se manifiesta por la aplicación de la normativa de insolvencia cuyos efectos son complejos y variados en el derecho comparado y que la mayor de las veces, por razones de orden público, limitarán los acuerdos contractuales que previamente puedan haber tomado las partes.

Finalmente, este artículo pretende ser una breve nota en un tema que es de suyo complejo y que por las razones expuestas probablemente tomará mayor relevancia en un futuro cercano. No pretendemos tomar una posición autoritativa sobre la materia, sino que esperamos poder presentar algunos lineamientos generales de forma de plantear una discusión que creemos será muy importante para el Derecho de la Construcción en los próximos años.

6. Bibliografía

Allensworth, William, y American Bar Association, eds. *Construction law*. Chicago: Forum on the Construction Industry, American Bar Association, 2009.

American Bar Association. "Letters of Credit and Applicant Bankruptcy". Última modificación 1 de octubre, 2019 https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2019/10/applicant-bankruptcy/.

Cárdenas Villarreal, Hugo, y Ricardo Reveco. *Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. 1a edición. Santiago, Chile: Thomson Reuters, (2018).

Construcción Pan-Americana. "Chile multó a concesionaria por retraso en Hospital Félix Bulnes", (2019). <https://www.construccion-pa.com/noticias/chile-multo-a-concesionaria-por-retraso-en-hospital-felix-bulnes/>.

Comer, Bruce. "The Wharton School - Project Finance Teaching Note 1 FNCE 208/731 Fall 1996 Professor Gordon M. Bodnar", s. f., 22.

Comisión para el Mercado Financiero. "Recopilación Actualizada de Normas 8-11". http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_156_1.pdf.

"Concesionaria de nuevo hospital en Chile pone fin a contrato construcción con italiana Astaldi - Reuters". <https://lta.reuters.com/articulo/construccion-chile-astaldi-idLTAKCN1OX05N>.

Dentons. "Middle East & Africa PPP Guide", (2018). https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiFtIX_qNrQAhUIH7kGHU0BARoQFjAGegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.dentons.com%2F-%2Fmedia%2Fpdfs%2Fguides-reports-and-whitepapers%2Fmiddle-east-and-africa-ppp-guide.ashx%3Fla%3Dzh-cn&usq=AOVvaw2Oz--5i2jisNloxZW-423-.

Eidenmüller, Horst. "Comparative Corporate Insolvency Law", (s/f): 30.

Garner, Bryan A., ed. *Black's Law Dictionary*. 4. pocket ed. St. Paul, Minn: West, (2011).

Hübner, Alexander y Martin Michelle, "German Wind Turbine Maker Senvion Files for Insolvency". *Reuters*, (2019). <https://www.reuters.com/article/us-germany-senvion-idUSKCN1RL271>.

Goldenberg, Juan. *La Protección Financiera Concursal*. First. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2020.

Icafal con Serviu, No. 4573–2015. Consultado el 20 de julio de 2020.

Jones Day. "Comparison of Chapter 11", (2007).
[https://www.jonesday.com/files/Publication/1ec093d4-66fb-42a6-8115-be0694c59443/Presentation/PublicationAttachment/e5b46572-7aeb-4c34-ab2e-bee2f8f3d3c2/Comparison%20of%20Chapter%2011%20\(A4\).pdf](https://www.jonesday.com/files/Publication/1ec093d4-66fb-42a6-8115-be0694c59443/Presentation/PublicationAttachment/e5b46572-7aeb-4c34-ab2e-bee2f8f3d3c2/Comparison%20of%20Chapter%2011%20(A4).pdf).

"Construction Projects and Disputes: A Look Beyond the Lockdown, Part III" (2020).
<https://www.jonesday.com/en/insights/2020/06/construction-projects-and-disputes-a-look-beyond-the-lockdown-part-iii>.

Leaver, CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang LLP-Sarah, y Karen Clarke. "Paying Subcontractors Directly: Stormy Waters for Employers | Lexology".
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=14006dca-131e-4dc4-8d45-f58c504db161>.

Ley de Concesiones de Obras Públicas, Pub. L. No. Decreto con Fuerza de Ley 164 (1996).

Ley de Reorganización y Activos de Empresas y Personas, Pub. L. No. 20.720 (2014).
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>.

López Santa María, Jorge, y Fabián Elorriaga de Bonis. *Los Contratos: Parte General*. Sexta edición actualizada. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2017.

Macgregor, Laura y Niall R. Whitty. "Payment of Another's Debt, Unjustified Enrichment and *Ad Hoc Agency*". *Edinburgh Law Review* 15, no 1 (2011): 57–87.
<https://doi.org/10.3366/elr.2011.0004>.

Bloomer, "McDermott Files for Bankruptcy, Plans to Sell Lummus Unit - Bloomberg".
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-21/mcdermott-will-seek-bankruptcy-enters-pact-to-sell-lummus-unit>.

Office of Gas and Electricity Market. "EPC' Contract Principles for OFTO Build Tenders", 17 de noviembre de 2015.
https://www.ofgem.gov.uk/sites/default/files/docs/2015/11/epc_principles_guidance_open_letter_for_publication.pdf.

Al Tamimi & Company. "Pay-When-Paid Clauses in the UAE: Is There a Way around for a Subcontractor?".
<https://www.tamimi.com/law-update-articles/pay-when-paid-clauses-in-the-uae-is-there-a-way-around-for-a-subcontractor/>.

Petrosaudi Oil Services (Venezuela) Ltd v Novo Banco SA & Ors [2017] EWCA Civ 9 (2017).

Prado, Arturo. "Algunos Aspectos de la Boleta de Garantía Bancaria". *Revista Gaceta Jurídica*, no 238 (2000): 7–11.

"Resolución Dirección General de Concesiones Número 0014: Bases de Licitación para el 'Segundo Programa de Concesiones de Establecimiento de Salud', a ejecutar a través del sistema de concesiones.", del 16 de abril, 2019.
<http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Red%20Hospitalaria%20Grupo%201%20Maule/BASES-TIPO-HOSPITALES-TR%2026.06.2019.pdf>.

San Martín, Lilian. "Contrato Para La Confección De Obra Material: Naturaleza Jurídica Y Otros Problemas Dogmáticos". *Revista de derecho (Coquimbo)* 23, no 2 (2016): 145–79.
<https://doi.org/10.4067/S0718-97532016000200005>.

Serrano Herrera, Claudia. "La legitimación para el pago de un tercero". *Revista de derecho (Valparaíso)*, no 37 (2011): 137–211.
<https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000200004>.

Spagnolo, Giancarlo, Elisabetta Iossa y Mercedes Vellez. "Best Practices on Contract Design in PPPs". (2007)
<https://www.yumpu.com/en/document/read/6133860/best-practices-on-contract-design-in-ppps-of-giancarlo-spagnolo>.

Steinberg, Howard. *Understanding and negotiating EPC contracts*. Milton Park, Abingdon, Oxon. New York: Routledge, 2017.

STS 287-2014, 22 de Mayo de 2014.

"The Payment Regime Under Sections 109-113 of the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 - A Checklist | Adjudication Society".
<https://www.adjudication.org/resources/articles/payment-regime-under-sections-109-113-housing-grants-construction-regeneration>.

United Nations Commission on International Trade Law. *CNUDMI guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*. New York: United Nations, (2006).

White & Case. "Letters of Credit: Autonomy Principle Is Re-Confirmed".
<https://www.whitecase.com/publications/alert/letters-credit-autonomy-principle-re-confirmed>.

World Bank Group. "Guidance on PPP Contractual Provisions", (2017).
<https://library.pppknowledgelab.org/documents/2903/download>.

Yescombe, Edward. *Principles of project finance*. Second edition. Amsterdam; Boston: Academic Press is an imprint of Elsevier, (2014).