

Los MASC en contratos internacionales de construcción en México

ADR in International Construction Contracts in Mexico

Recibido: 05-11-2025 | Aceptado: 16-12-2025

Alejandro Santos Príncipe*

* <https://orcid.org/0009-0000-2895-9422>
Universidad Rey Juan Carlos, España

Resumen

Este artículo analiza la incorporación de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) en contratos internacionales de construcción celebrados en México —con especial atención a obras públicas y contratos EPC/Llave en mano. Los MASC no son instrumentos accesorios sino estructurales para la viabilidad de proyectos complejos. Se examina el andamiaje legal federal, en especial Ley De Adquisiciones, Arrendamientos Y Servicios Del Sector Público (LAASSP) y la Ley De Obras Públicas Y Servicios Relacionados Con Las Mismas (LOPSRM), así como regímenes especiales

A partir del análisis de contratos relacionados con grandes proyectos de ingeniería actuales (El proyecto del Tren Maya, La ampliación del Metro de Monterrey, y la ampliación del Puerto de Manzanillo), se identifican problemas recurrentes, en especial falta de estandarización y el diseño insuficiente de las cláusulas que incorporan los MASC.

Palabras clave: *Mecanismos adecuados de solución de controversias (MASC); Contratos internacionales de construcción; Juntas DAAB/Dispute Boards; Arbitraje; Obra pública; México*

Abstract

This paper examines the integration of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms into international construction contracts executed in Mexico, with particular emphasis on public works and EPC/

Cómo citar

Santos Príncipe, A. Los MASC en contratos internacionales de construcción en México. *MSC Métodos De Solución De Conflictos*, 6(10). Recuperado a partir de <https://revistas-uanl.mx/index.php/m/article/view/140>

Turnkey arrangements. ADR mechanisms are not ancillary instruments but structural tools essential for the viability of complex projects. The analysis reviews the federal legal framework—especially the Public Procurement Law (LAASSP) and the Public Works and Related Services Law (LOPSRM)—as well as special regimes applicable to strategic sectors. Drawing on the review of contracts linked to major ongoing engineering projects, such as the Mayan Train, the expansion of the Monterrey Metro, and the enlargement of the Port of Manzanillo, the study identifies recurrent issues, notably the lack of standardization and the insufficient design of clauses incorporating ADR mechanisms.

Key words: *Alternative Dispute Resolution (ADR); International construction contracts; DAAB/Dispute Boards; Arbitration; Public works; Mexico*

INTRODUCCIÓN

El creciente desarrollo del sector de la construcción en México ya sea a través del desarrollo de infraestructuras y proyectos de ingeniería civil como en la construcción de viviendas, ha venido acompañado de unas reformas importantes en la regulación jurídica, tanto a nivel estatal como federal. Dentro de la perspectiva del derecho, nuestro objetivo en este trabajo es analizar una de las dimensiones en el ámbito jurídico de ese desarrollo: lo relacionado con la aplicación de los Métodos Adecuados Resolución de Conflictos (MASC) en los contratos de construcción.

Este aspecto, a menudo considerado como secundario, resulta ser uno de los más relevantes y complejos en el derecho de la construcción. Cuando se analizan estos contratos desde la perspectiva internacional, lo cual es más que frecuente al tratarse de grandes proyectos de ingeniería, uno de los primeros escollos en la negociación y ejecución

de los contratos siempre tiene que ver con la posibilidad de obtener una solución de los conflictos que no dependa necesariamente de un sistema judicial extranjero, en el que las partes internacionales involucradas no necesariamente tendrán depositada la confianza suficiente.

Dentro de los contratos de construcción, la modalidad más compleja, dedicada a los grandes proyectos de ingeniería, es el contrato EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), también llamados “Llave en mano”; contratos en los que el Contratista asume la responsabilidad por diseño, ejecución y puesta en marcha de la construcción planificada. En este tipo de contratos, y en sus figuras afines, y las elevadas cifras que los rodean son factores clave en los que la resolución amistosa de los conflictos se convierte en una exigencia para la viabilidad de los proyectos.

Los MASC en este ámbito no solo se plantean como una alternativa jurisdiccional o como

una manera de trasladar la ansiada “Cultura de Paz” en este sector. Más aún, son mecanismos que responden a las necesidades de gestión rápida y flexible de los contratos que requieren, además, un tratamiento específico desde el punto de vista de su estipulación contractual y, sobre todo, un cambio en la mentalidad conflictual de las partes implicadas, que favorezca la continuidad de estos grandes proyectos y diriman las discrepancias a instancias posteriores, una vez finalizados y puestos en marcha, para evitar que un problema jurídico se sume a los enormes retos de carácter técnico y económico que acompañan a estos grandes proyectos; uno de los principales motores de la economía mexicana y destino de las principales inversiones extranjeras.

A pesar de los avances normativos en México, la práctica contractual revela una asimetría significativa entre la habilitación legal y la implementación efectiva de los MASC. La reforma de 2009 en la LAASSP y LOPSRM abrió la puerta a la conciliación y el arbitraje en contratación pública, pero los contratos que se analizan muestran cláusulas genéricas, carentes de procedimientos claros y escalonados. Esta insuficiencia normativa se traduce en una falsa sensación de seguridad jurídica, pues la mera referencia a la posibilidad de acudir a MASC no garantiza su eficacia ni evita la judicialización de los conflictos.

OBJETIVOS E HIPÓTESIS DE PARTIDA

Mediante la aplicación de la metodología que se describirá adelante se pretende analizar la problemática actual respecto de

la conflictividad en los contratos de ingeniería y construcción en los macroproyectos actuales en México.

En especial, se pretende analizar el impacto de las cláusulas de MASC en el marco de relaciones jurídicas público-privadas. Se plantea que las fórmulas contractuales empleadas en lo que a estos proyectos respecta no responde a las necesidades técnicas de estos, teniendo en cuenta su elevada conflictividad y su especial complejidad.

Del mismo modo, se pretende examinar los aspectos contractuales más potencialmente sensibles al conflicto, planteando el efecto de la incorporación de la “Cultura de paz” en estos sectores.

METODOLOGÍA

La metodología aplicada en este trabajo combina una revisión doctrinal y legal, mediante un análisis jurídico-descriptivo del estado de la cuestión, con un análisis jurídico-empírico a través de contratos EPC en proyectos emblemáticos en México.

Este trabajo se desarrolla bajo un enfoque comparado, que permite contrastar la regulación mexicana sobre mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) con las prácticas internacionales en contratos EPC y modelos estandarizados como FIDIC e ICC. La comparación se centra en dos dimensiones: la habilitación normativa de los MASC en la contratación pública mexicana y su implementación práctica frente a estándares internacionales. Las fuentes documentales empleadas inclu-

yen la Normativa nacional mexicana y otras normativas en el plano comprado; modelos contractuales internacionales; doctrina especializada: literatura jurídica mexicana e internacional sobre arbitraje, conciliación y cláusulas escalonadas en contratos de construcción.

Asimismo, se realiza un breve análisis desde la metodología jurídico-propositiva, que se relaciona con la búsqueda de la eficiencia desde el plano contractual, la armonización de los contratos en el contexto de la *lex mercatoria* y la práctica internacional de la construcción y, por supuesto, con el fomento de la “Cultura de Paz”.

1. LOS MASC EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERENCIA A MÉXICO

La situación jurídico-política y geopolítica de México lo convierte en un escenario perfecto para el desarrollo y aplicación de las normas de la llamada *lex mercatoria*. Se encuentra México a caballo entre Estados Unidos y los otros países de América Latina, vinculado social y económicamente con países de la órbita del *common law*, pero con un ordenamiento jurídico vinculado al *civil law*, influenciado no solo por su tradición latina sino también por sus vínculos con Europa. Desde la perspectiva económica, la inversión internacional convierte a México en uno de los ejes económicos mundiales, siendo uno de los países con más potencial de crecimiento (ELÍAS, 2010). A todo esto, se le suma los intereses económicos de países asiáticos, como China, Japón e India. Según la Secretaría de Economía, México registró

en 2024 un máximo histórico de Inversión Extranjera Directa (IED) por 36,872 millones de dólares. (SECRETARÍA DE ECONOMÍA, 2024). El informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2025 destaca, que 6.200 millones de dólares de esta inversión extranjera fueron destinados a infraestructuras, es decir, principalmente a contratos de ingeniería (UNCTAD, 2025).

Por todo ello, gran parte de la literatura jurídica mexicana se ha centrado en el estudio de la *lex mercatoria* como referente supranacional para facilitar las relaciones jurídicas de operadores internacionales y salvar las diferencias normativas de los sistemas jurídicos, especialmente en el ámbito comercial (SILVA, 2013). En este sentido, FIGUEROA DÍAZ menciona la necesidad del uso de la *lex mercatoria* en un contexto globalizado, señalando que “El estado nacional por sí sólo difícilmente puede establecer una regulación mediante normas e instituciones nacionales de los componentes de la globalización tecnológica y económica” (2022:253)

A pesar de la generalización de instituciones como el arbitraje comercial y el uso de reglas de *soft law* como los Principios UNIDROIT (y también la incorporación en derecho interno de leyes modelo y reglas y usos uniformes, como las producidas por UNCITRAL) la aplicación de estas normas integradas en el concepto de *lex mercatoria* no es uniforme en todos los sectores (FIGUEROA, 2025). Uno de los sectores en los que esta internacionalización, en su dimensión jurídica, se encuentra no tan implementada es el

sector de la construcción y la ingeniería, al menos en México.

En la práctica contractual es innegable la generalización de los MASC incorporados en el Contrato para la gestión amistosa de conflictos en el marco de relaciones contractuales. Los motivos han sido ya ampliamente enumerados por la doctrina (DE ALMAGRO & KLEE, 2017). La internacionalización complica la litigación al enfrentar a las partes en sistemas judiciales extranjeros, cuyos procesos suelen ser mucho más largos y costosos de lo que ya lo son de forma habitual. Los MASC ofrecen alternativas mucho más flexibles, teniendo en cuenta especialmente que es probable que estos sistemas no sean desconocidos para las partes y, por tanto, puedan presentarse en el proceso de negociación de los contratos como sistemas neutrales y seguros donde pueda existir seguridad percibida por las partes de que su conflicto va a ser abordado por cauces que garanticen la imparcialidad y los principios esenciales de justicia (MARTÍNEZ, 2022). Además de esto, la necesaria confidencialidad ante posibles conflictos que afecten a empresas y operadores importantes es otro de los factores ampliamente señalados como clave del éxito de los MASC en la contratación internacional (GONZALO & BARRIGA, 2016).

A pesar de lo anterior y los años de desarrollo de estas figuras, los MASC se enfrentan, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, a un gran desafío que podemos resumir en la cultura o mentalidad del conflicto. De forma simplificada, esta preconcepción del conflicto que se caracteriza

por su rigidez y entiende que la solución a los mismos mediante el derecho se limita a la aplicación de estructuras lógicas que derivan en una respuesta preconcebida, la llamada “verdad legal” (GORJÓN, 2017: 25).

Por otro lado, en el ámbito empresarial es frecuente que las partes, ante el conflicto, adopten una posición de “competidor” ante el conflicto que se caracteriza porque en una de las partes tiene que prevalecer frente a la otra. Siendo así, la búsqueda de un tercero para resolver un conflicto; llámese juez, llámese árbitro, conciliador o adjudicador, etc.; se reduce a la idea de buscar una instancia superior que dé la razón a una de las partes en conflicto, en perjuicio de la otra, con potestad suficiente como para hacer cumplir su resolución de la forma más rápida y efectiva posible. Bajo esta mentalidad, cualquier MASC, salvo el arbitraje, puede percibirse como un trámite para la resolución del problema en lugar de una forma de obtener una resolución más satisfactoria para ambas partes. Sin embargo, el uso adecuado de MASC autocompositivos puede motivar un cambio de mentalidad, a través del empoderamiento de las partes, para “potenciar la participación y cooperación de los contendientes en la búsqueda de opciones que satisfagan sus necesidades” (CABELLO, 2015:39).

En este sentido, la mera inclusión de estos mecanismos en el contrato no es suficiente para que resulten efectivos ni coadyuven a evitar un estancamiento en los conflictos, que deriva en la paralización de proyectos y sobrecostos. La mayoría de los autores señalan la importancia de la formación y las herra-

mientas que posean los que se encargan de gestionar estos conflictos en los MASC autocompositivos (GORJÓN, 2017). Es por ello por lo que uno de los principales escollos, a nivel práctico, es asegurarse de que las personas designadas en los contratos internacionales como conciliadores, mediadores u otra figura no solo posean conocimientos técnicos sobre el área industrial que se trate (que suele ser la principal exigencia de las partes), también debe tener formación en la gestión de conflictos.

A pesar de los desafíos a los que se enfrenta la práctica internacional, resulta evidente que los MASC se han abierto camino en la contratación internacional y ya priman frente a los sistemas tradicionales de justicia. Los aspectos conflictivos para tratar son, ahora, el modo en el que estos MASC se implementan y el estudio de los diferentes métodos.

2. MARCO JURÍDICO

En el ámbito privado resulta evidente que la autonomía de la voluntad permite la inclusión de MASC en los contratos, y, de hecho, su uso se encuentra generalizado, como hemos mencionado. Los grandes contratos de ingeniería y construcción, en especial aquellos contratos EPC o *llave en mano*, suelen estar promovidos por entidades públicas o, al menos, con financiación pública. Esto nos lleva al terreno de la contratación pública, donde las normas de carácter administrativo regulan de manera exhaustiva el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes (LARA, 2022). En este sentido, merece la pena analizar la manera en la que los MASC se han habilitado dentro de la re-

gulación de la contratación pública, en especial cuando se encuentra involucrado un elemento internacional. Recuérdese que los beneficios de los MASC resultan mucho más evidentes en la contratación internacional, y más aún cuando se trata de contratos en los que interviene un elemento público, donde las prerrogativas de estas entidades en los ordenamientos jurídicos pueden poner en una situación de desequilibrio a las partes del contrato (CABRERA, 2016).

En este sentido, en México, desde el año 2009, se ha venido reconociendo MASC, en especial el arbitraje y la conciliación, en su sistema de contratación pública, a través de la reforma en la Ley De Adquisiciones, Arrendamientos Y Servicios Del Sector Público (LAASSP) y la Ley De Obras Públicas Y Servicios Relacionados Con Las Mismas (LOPSRM) (STEELE, 2024). Estas reformas incluyeron de forma expresa los mecanismos de conciliación en sus artículos 109 y 95 respectivamente, regulando en la propia ley el procedimiento de conciliación. La redacción de ambos preceptos es muy similar: *En cualquier momento los contratistas o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos*. La modificación fue muy bien recibida por la doctrina (WÖSS, 2009). Estas previsiones no son frecuentes en los contextos de contratación pública, al menos no de manera tan específica como hace la legislación mexicana. En el plano comparado, podemos observar como España, por ejemplo, la disposición adicional primera de

la Ley de Contratación en el Sector Público¹ señala que los contratos internacionales en los que intervenga una entidad pública deberán someterse, preferentemente a los tribunales españoles y, *de no ser posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje*. Esta escueta referencia habilita a la sumisión a arbitral de, en nuestro caso, contratos de construcción financiados por entidades públicas, aunque su redacción da indicios de cómo el legislador no confía en estas figuras en lo que se refiere a resolución de conflictos (GÓMEZ-ESCALONILLA, 2016 y LARA, 2022).

En este sentido, según Wöss, esta posibilidad no se encontraba expresamente prohibida en el ámbito público, pero carecía de habilitación legal hasta la mencionada reforma. No obstante, existen precedentes en normas especiales que regulan el régimen jurídico de algunas empresas públicas. La Ley De La Empresa Pública Del Estado, Petróleos Mexicano (PEMEX) ya contaba, desde 1992 una previsión a que los conflictos pudieran ser resueltos mediante arbitraje. En especial, el art. 72 de la ya derogada disposición habilitaba a PEMEX a pactar arbitraje nacional e internacional en contratos mercantiles, incluso someterse a derecho extranjero, *salvo que se trate de obras o servicios ejecutados en territorio nacional, en cuyo caso el arbitraje debe celebrarse en México*. En la normativa actual, de 18 de marzo de 2025, se mantiene esta previsión en el artículo 123, si bien se ha ampliado la previsión y ahora permite a PEMEX pactar *medios alternati-*

vos de solución de controversias, cláusulas o compromisos arbitrales, en términos de la legislación mercantil aplicable y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. La nueva norma, por tanto, abre la puerta al uso de MASC más allá del arbitraje, si bien no detalla nada más sobre el procedimiento o los límites de estas facultades.

En el mismo sentido, la Ley De La Empresa Pública Del Estado, Comisión Federal De Electricidad (CFE) también incluyó una redacción similar en lo relacionado con la posibilidad de someter los conflictos a MASC, actualmente regulado en el artículo 86 tras la reforma de 2025.

Estas previsiones deben verse en paralelo con las disposiciones de la Ley General De Mecanismos Alternativos De Solución De Controversias (Ley de MASC), que regula un amplio abanico de MASC a los que deben entenderse referidos las mencionadas disposiciones, tales como la conciliación, la mediación o la negociación colaborativa; señalando el artículo 4 de la citada norma que tales MASC no implican un *numerus clausus*.

Sin embargo, en el artículo 98 de la LOPSRM se excluyen materias como la rescisión administrativa y la terminación anticipada, que siguen siendo competencia exclusiva de la autoridad. Además, con relación a esto último, hay que hacer referencia al artículo 128 de la Ley de MASC, en el que se excluye el uso de estos mecanismos para, entre otras materias, los recursos a resoluciones dictadas en materia administrativa que, en nues-

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

tro campo, podrían estar relacionadas con determinadas licencias necesarias para la ejecución de los proyectos. Pese a estas limitaciones, la habilitación legal de los MASC en estos contratos permite el uso de los modelos de contratación internacional. En este sentido hay que destacar dos instituciones que han desarrollado los modelos de contratos en el sector de la construcción más empleados por los operadores: la *Federación Internacional de Ingenieros Consultores* (FIDIC) y la *Cámara de Comercio Internacional* (ICC). En el caso de los primeros, los MASC incorporados en ellos, a los que nos referiremos más adelante, son uno de los principales atractivos de estos modelos.

3. MASC EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

La ejecución de contratos EPC/llave en mano rara vez es lineal. Aunque se conciben como contratos de obra con un horizonte temporal definido, su puesta en marcha se extiende con frecuencia meses o años debido a la complejidad técnica, la coordinación de múltiples operadores y la necesidad de adaptar el diseño durante la construcción. Incluso en escenarios óptimos—con una planificación exhaustiva, ingeniería de detalle cerrada y sin contingencias extraordinarias—siguen siendo necesarias decisiones *in situ* para traducir planos y especificaciones al objeto construido. Esas decisiones, por su impacto potencial en plazo, costo y calidad, son el germen de los conflictos que se encuentran tan arraigados dentro de los contratos de construcción (CHARRET, 2009). Por este motivo los contratos de construcción se han venido caracterizando por una elevada

conflictividad (DE ALMAGRO & KLEE, 2017) o que exige sistemas de gestión y resolución de conflictos que mitiguen sus efectos y eviten desbordamientos en tiempo y costo.

Algunos autores señalan como el arbitraje de construcción, como el MASC más utilizado, presenta rasgos propios que lo acercan a una subespecialidad, ya que es necesario un peritaje sobre los elementos materiales en aspectos como cuantificación de daños por retrasos y las causas que provocan las circunstancias extraordinarias sobrevendidas (*Obstructions*), lo que se traduce en la conveniencia de tribunales con experiencia sectorial (YGLESIAS MORA, 2012). Antes de llegar al arbitraje, resulta clave establecer en el contrato mecanismos extrajudiciales escalonados que faciliten soluciones ágiles bajo la conducción de un tercero (mediador, adjudicador o “Mesas de resolución de conflictos”).

En esta línea, distintos modelos contractuales y reglas institucionales recomiendan cláusulas escalonadas (multi-tier): como son las cláusulas med/arb o, más específicamente los sistemas de negociación/mediación/*Dispute Board*/arbitraje, como arquitectura de gestión de disputas en EPC/llave en mano (LARA, 2022). Estas cláusulas combinan la flexibilidad de la mediación con la fuerza ejecutiva del laudo arbitral (med/arb o secuencias afines), y favorecen acuerdos de negocio durante la obra, reservando el arbitraje para lo que no pueda resolverse de forma amistosa por discrepancia total de criterios o como consecuencia de la estrategia corporativa debido a su enorme cuantía (MOLINEAUX, 1995; ICC, 2004). En el plano comparado

y, en particular, para contratos con componente o financiación públicos en México, las reformas de 2009 habilitaron expresamente la conciliación y el arbitraje en la contratación federal de obras y adquisiciones/servicios (con límites en rescisión administrativa y terminación anticipada), facilitando la incorporación de cláusulas escalonadas, *Dispute Boards* y arbitraje en proyectos EPC y similares (WÖSS, 2009). A pesar de esto, los contratos analizados carecen de sistemas de resolución de conflictos tan estructurados como las incluidas en los modelos internacionales como el FIDC y el ICC.

Respecto a los modelos FIDIC, estos últimos se caracterizan por establecer un sistema de resolución de conflictos autónomo especialmente complejo y que combina diferentes MASC y cláusulas escalonadas

En las versiones más modernas de estos modelos (2017) se regula un sistema triple de resolución de conflictos: Una primera resolución mediante la opinión de un experto (que tendrá carácter de independiente o no dependiendo del modelo que se aplique), una *Dispute Board*, o mesa de disputas (llamada *DAAB*, *Dispute Adjudication/Advoidance Board* en las últimas ediciones de los modelos FIDIC), que funciona siguiendo las reglas del *Adjudicator*, en la que se resuelve la disputa mediante un *mini trial*, y, finalmente, la sumisión a arbitraje como un sistema de “segunda instancia” frente a las resoluciones de la *DAAB* (DE ALMAGRO & KLEE, 2017).

En estos sistemas se mantiene la máxima de que, en cualquier momento, es posible

alcanzar una solución negociada entre las partes. Es más, se incentiva ampliamente a los encargados de resolver el conflicto a, previamente dictar su resolución, actuar como conciliadores en pro de alcanzar una solución de mutuo acuerdo (de ahí el nombre de *advoidance*, en relación con la mesa de adjudicación/evitación de conflictos). El sistema, no obstante, ha presentado ciertas críticas en lo que se refiere a la neutralidad de las personas indicadas para resolver los conflictos o actuar como mediadores. Por ejemplo, en el *libro amarillo* de los modelos FIDIC esta persona encargada de actuar como intermediario entre Cliente y Contratista y que se encarga, del mismo modo, de la gestión y resolución de conflictos en una primera instancia es denominado el *Ingeniero*, que se designa por el Cliente, pero tiene la obligación de actuar de forma independiente. Esta figura, en el *modelo plata* tiene el nombre de “Representante del Cliente”, y actúa de forma subordinada a éste. Mediante este sistema, por lo tanto, los principios de imparcialidad y neutralidad de la mediación no se dan de forma plena (SEIFERT, 2005), lo que afecta gravemente a las posibilidades de alcanzar un acuerdo amistoso.

Del análisis de los diferentes modelos contractuales y de las críticas manifestadas por la doctrina puede extraerse que para que un sistema de resolución de conflictos establecido en un contrato de estas características funcione debe tener, al menos, las siguientes características:

- La implementación de cláusulas escalonadas que impidan acudir a arbitraje/jurisdicción ordinaria de forma directa

pero que tampoco se regulen como una mera voluntad abstracta de someterse a MASC por parte de los implicados.

-
- La creación de un procedimiento, con plazos y formalidades, que obliguen a las partes a buscar alternativas a sus posturas iniciales que hayan hecho nacer el conflicto.
-
- El establecimiento de sistemas que favorezcan que las partes puedan alcanzar un acuerdo de forma rápida, ya sea mediante la intervención un tercero (mediador/conciliador) ya sea de forma directa a través de la negociación.
-
- La designación con carácter previo al nacimiento del conflicto de una figura que cumpla con los requisitos de imparcialidad y neutralidad exigibles de la mediación y métodos hetero-compositivos de resolución de conflictos que posea, al mismo tiempo, una formación en resolución de conflictos (mediación o conciliación preferentemente) y unos conocimientos jurídicos y técnicos suficientes para poder dar respuesta a los conflictos basándose en un criterio técnico.
-
- La consagración del principio *pay now, argue later* en lo que respecta a conflictos sobre la actuación del Contratista que, eventualmente, pudieran dar lugar a una paralización de los pagos progresivos del Cliente previamente a la existencia de una resolución definitiva sobre el conflicto planteado.

Es importante resaltar que estas características no derivan necesariamente en la imple-

mentación de un único sistema de resolución de conflictos en este tipo de contratos, ni tampoco señalan a un sistema como óptimo frente al resto. La flexibilidad de los MASC es una característica esencial, y debe manifestarse tanto en el momento de la negociación del contrato y la inclusión de tales cláusulas en el mismo como en el momento de su aplicación, una vez manifestado el conflicto. Por ello, los sistemas regulados en el contrato deben recogerse manteniendo la máxima de que, como bien señala la doctrina, las partes son las dueñas del conflicto, (GONZALO, 2012) manteniendo siempre la posibilidad de que, de mutuo acuerdo, puedan omitir ciertas partes del procedimiento, de manera que éste nunca se sienta como un limitante de las actuaciones de las partes.

4. ANÁLISIS DE CONTRATOS Y PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS

4.1. Contratos EPC en el ámbito público en México: Falta de estandarización

Los contratos de construcción en los que interviene una entidad pública no suelen emplear en su redacción modelos internacionales de contratos de construcción, al contrario que la mayoría de los contratos realizados entre entidades privadas en los que su uso se encuentra frecuentemente extendido (HERNÁNDEZ, 2014). El motivo, probablemente, sea que la contratación pública se encuentra sometida a un régimen jurídico estricto en el que la regulación de las obligaciones contractuales pasa, necesariamente, por su adecuación a la normativa regulatoria de cada estado. Esto motiva a

que la redacción del contrato sea realizada por la entidad pública y su base en sistemas prefijados que no evolucionan al ritmo del resto de operadores privados, donde la evolución de los diferentes modelos de contrato se ha manifestado no solo en su estandarización, sino en su continua actualización para adaptarse a las necesidades y solventar los problemas planteados en la práctica. Por su parte, contratos de esta índole redactados sobre modelos no estandarizados no reflejan la evolución a la que nos referimos y pueden percibirse como menos óptimos e insuficientemente regulados.

Por supuesto, esto es una generalización. Existen notables ejemplos de grandes proyectos de construcción promovidos por entidades públicas en los que se han utilizado modelos estandarizados, como el caso del tercer juego de esclusas del Canal de Panamá², la construcción de la línea de alta velocidad entre Medina y La Meca³ o la construcción del puerto en Pepillo Salcedo (República Dominicana)⁴. En general puede observarse una tendencia en los últimos años a la adaptación de modelos estandarizados en contratos públicos de gran calado, en especial aquellos en los que, previsiblemente, concurren operadores internacionales habituados al uso de estos modelos.

En el caso de México, de los grandes proyectos analizados que se encuentran actualmente en construcción no se ha obser-

vado el uso de modelos estandarizados de contratos internacionales de construcción. Aunque esa ausencia no implica una inadecuación de los contratos para los proyectos seleccionados, resulta llamativo que cada contrato tenga una redacción diferente en su clausurado, estableciendo regímenes de responsabilidad diferentes al margen de las especificidades propias de cada proyecto.

Estos modelos estandarizados ofrecen numerosas ventajas. Una de ellas es la exhaustividad de las situaciones previstas en los contratos de cara prevenir posibles conflictos durante la ejecución de la obra. Pero otra de las ventajas más relevantes es la flexibilidad de la redacción para poder ajustarse tanto a las necesidades de cada proyecto como a las regulaciones propias de cada país, especialmente cuando interviene un operador público. A este último respecto, hay que señalar que modelos como el *Silver Book* de FIDIC específicamente señalan que no resulta óptimo en contratación pública debido al escaso grado de intervención que permite en las labores del Contratista que, generalmente, choca con las previsiones legales en relación con las prerrogativas de los poderes públicos en materia de contratación. Por este motivo, los ejemplos antes señalados de contratación pública en las que interviene un modelo FIDIC, se han realizado mediante el llamado "*Yellow book*", en la modalidad de contrato de ingeniería denominado *Desing and Build*, en lugar de la modalidad *EPC/Llave en mano*.

En cualquier caso, nuestra opinión es que estos modelos de contratos resultan lo suficientemente flexibles como para ser em-

2 Contrato CMC-221427, entre AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ y GRUPO UNIDOS POR EL CANAL, S.A

3 Contrato entre el Reino de Arabia Saudita y el consorcio, Al Shoula, septiembre de 2013.

4 Contrato BID Noº 5282/OC-DR

pleados en obra pública manteniendo las garantías y los requisitos legales. De hecho, uno de los principales escollos para la adaptación de estos modelos al ámbito público son las cláusulas de resolución de conflictos; pero, precisamente, tras su habilitación en la LOPSRM, esta previsión permite incluir cláusulas escalonadas y otros MASC a parte del arbitraje. En el marco jurídico actual, el uso de modelos estandarizados de contratos de ingeniería y construcción en relaciones público-privadas es perfectamente plausible y, de hecho, presenta importantes ventajas respecto de los modelos no estandarizados que se emplean habitualmente.

A modo de referencia, se ha optado por analizar algunos de los proyectos de ingeniería más importantes realizados en México en los últimos diez años en los que intervienen como contratistas empresas extranjeras, aportando tecnología, y han sido ejecutados a través de contratos EPC o similares. Entre estos contratos podemos encontrarnos el llamado proyecto del “Tren Maya” (dividido en varios tramos)⁵, la ampliación del “Puerto de Manzanillo”⁶ (Principal puerto comercial de México) y la ampliación del Metro de la ciudad de Monterrey⁷.

4.2. Cláusulas de ajustes de precios

El ajuste del precio en un contrato de construcción puede tener dos enfoques contrapuestos. Desde la perspectiva de la res-

ponsabilidad del Contratista, el ajuste de precios en el contrato suele entenderse como la manera de trasladar la responsabilidad a este (WALLACE, 1986), viéndose reducido el precio a pagar una vez se verifica un incumplimiento (por ejemplo, un retraso en la entrega de la obra o del módulo que corresponda). La otra cara del ajuste de precio son los sobrecostos, o bien a consecuencia de una modificación en las condiciones motivada por el Cliente o bien como consecuencia de circunstancias imprevistas. A este punto también es posible añadir un tercer elemento, discutido por la doctrina, pero con fundamentos jurídicos: las llamadas “*Disruptions*” que se entiende como la pérdida de productividad del Contratista consecuencia de ciertos factores, algunos de los cuales pueden estar asociados a incumplimientos contractuales y dar derecho al Contratista a un ajuste de precios (MEREMINSKAYA, 2024).

Tanto en caso de que sea a favor del Cliente como a favor del Contratista, las causas de ajustes de precios deben estar claramente redactados en los contratos, al ser estos uno de los principales motivos de conflictos entre las partes.

Analizando algunos de los contratos señalados, el contrato de ampliación del Metro de Monterrey es uno de los contratos de obra pública más cuantioso de los últimos años en México, con una cuantía de 2104 millones de pesos. Este contrato se configura como un EPC, al pesar de que en la denominación del contrato no figure de forma expresa esa denominación. No obstante, a cláusula decimotercera del contrato señala que se trata

5 Contrato núm. PTM-TRAMOJ/23-OI-04, Tramo CALKINÍ-IZAMAL y Contrato núm. tM-TRAMO4/20-OI-04, Tramo IZAMAL - CANCÚN

6 Contrato API-MAN-OP-__-17

7 CONTRATO No. 22-1 O- 008

de un contrato EPC, al asignar al Contratista las obligaciones de elaboración del diseño (desde el anteproyecto al diseño final), construcción y puesta en marcha.

Habiendo clasificado el contrato, resulta llamativo que el mismo no se haya basado en ninguno de los modelos preestablecidos para estos proyectos por organismos como FIDIC o la ICC. A pesar de ello, analizado el contrato, este se ajusta más a las disposiciones del libro plata del modelo FIDIC, en especial en la cláusula Vigésima, en la que se regula el ajuste de costes del contrato. Este ajuste de costes se configura de forma muy estricta, no permitiendo la aplicación de sobrecostes para el caso de “Condiciones Imprevistas del Terreno” (las llamadas *Obstructions*). Este término hace referencia a situaciones que obligan a una modificación del diseño de forma imprevista cuando, al momento de la construcción, los ingenieros observan que el terreno no tiene las características previstas en los informes y diseños originales (WÖSS, 2008). Siendo este el caso, el diseño debe ser modificado (en ocasiones de forma importante) y el Contratista debe asumir un sobrecoste y, probablemente, un retraso en las obras que derive en un incumplimiento con las fechas de entrega (MOLINA & RIOS, 2016).

Ante este problema (muy frecuente en la práctica), los contratos pueden prever diferentes sistemas de responsabilidad para el Contratista. Estos sistemas deben basarse en el grado de control que el Contratista tenga sobre los informes técnicos del terreno en los que haya basado los diseños. La regla general de muchos modelos de contrato es im-

poner el sobrecoste y la responsabilidad del retraso al Contratista en tanto que el haya asumido la obligación de realizar tales informes; pero, en el otro lado, permitir el ajuste de precios o exonerar de la responsabilidad por retraso al Contratista si estos diseños se han basado en informes aportados por el Cliente o (más frecuentemente) estos datos técnicos eran estimaciones del terreno que no podían verificarse hasta el momento de ejecución de las obras. Este no es el caso del libro plata del modelo FIDIC, que no permite el ajuste de precios ni la exoneración de responsabilidad por demora ante las *Obstructions*; y esta es la redacción que adoptan los contratos que estamos analizando.

Por un lado, esta redacción parece enfocada a reforzar la postura del Cliente, al prever menos escenarios de ajuste de precios. Hay que señalar que, a pesar de que se indique que estas condiciones imprevistas del terreno no serán causa para el ajuste de precios, la aplicación de la *Hardship*, como cláusula implícita o explícita, lleva a la posibilidad de ajuste de precios en algunas circunstancias. Sin embargo, trasladar al Contratista el riesgo de sobrecoste para estas circunstancias se traduce en la necesidad de aumentar el precio base del contrato de forma que pueda dar margen a los posibles sobrecostes consecuencia de estas circunstancias, lo que, con frecuencia, se traduce en un precio mucho más elevado a pagar por el Cliente que si se prevé en el contrato el ajuste de precios en caso de *Obstructions* (SANTOS, 2024).

De todos modos, tanto si se permite el ajuste de precios ante estas circunstancias como si no se prevé expresamente, la aplicación de

la *Hardship* implica la posibilidad de modificar el precio final del contrato (HERNÁNDEZ, 2014). Siguiendo la redacción de estos contratos, esto se puede producir siempre y cuando “ocurran circunstancias imprevistas de orden económico que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados por el programa pactado”.

En este sentido, otros modelos de Contratación Internacionales, como el Modelo de la Cámara de Comercio Internacional, prevén la posibilidad de ajustar el precio del contrato o el tiempo de entrega en caso de *Obstructions* (art. 23 del *ICC model for Turnkey/Mayor Projects*). En el propio contrato se prevé que este ajuste se tendrá que hacer mediante una metodología prevista en el propio texto. Es decir, que los contratos no solo prevén un sistema de ajuste del precio sino una metodología técnica para realizar su ajuste, si bien se añade que, de no ser aplicable o no haberse determinado, *Las partes se esforzarán por acordar otra metodología apropiada y decidir las implicaciones de tiempo y/o costos, en cualquier caso.* (Art. 23.4 *ICC model for Turnkey/Mayor Projects*).

Ya sea por circunstancias del terreno o por otras circunstancias “de orden económico”, resulta evidente que los contratos deben prever sistemas de resolución amistosa de conflictos ante la necesidad de renegociación de aspectos esenciales del contrato, con el riesgo de que si no se alcanza un acuerdo ante estos imprevistos la ejecución de las obras puede prolongarse de forma excesiva.

Un ejemplo claro de lo anterior es la vaga redacción de la cláusula *Hardship*, en el que se habla de *circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las Partes*. En el contrato de proyecto del Tren Maya se añade una especificación mayor sobre las causas que pueden considerarse como “circunstancias económicas de tipo general”, como es una devaluación monetaria que suponga una modificación significativa de los costes, si bien es cierto que este supuesto podemos entender que se encuentra comprendido en un *numerus apertus* de casos en los que resulta aplicable la cláusula. (CASTRO Y ZAPATA, 2005).

4.3. Paralización de las obras por incumplimientos menores

Uno de los principios más importantes de los sistemas de resolución de conflictos en los contratos de construcción se refleja en el aforismo *pay now, argue later* (paga ahora, discute después), que implica que el sistema de pagos establecidos en el contrato no puede detenerse como consecuencia de un conflicto surgido entre las partes. También implica, frecuentemente, la posibilidad de una ejecución parcial de resoluciones dictadas por los sistemas heterogéneos regulados en los contratos. Su reflejo legal se encuentra en el mundo anglosajón, en la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, de Reino Unido, si bien tal principio se ha filtrado en la práctica profesional y en otros ordenamientos jurídicos.

El *Pay Now argue Later* es un principio esencial para mantener en funcionamiento las obras a

pesar de que surjan las disputas. El argumento para la retención de los pagos se justifica en dos causas: La primera es establecer un mecanismo de presión que obligue al Contratista a cumplir con las obligaciones que el Cliente alega estar incumpliendo. El segundo motivo es evitar un gasto prematuro que, a posteriori, se convierta en una reclamación por las cantidades abonadas ante un incumplimiento reiterado del contrato. Este sistema, no obstante, se plantea desde una perspectiva económica simple, que ciertamente, de forma general, se adapta las normas sobre contratación pública (ROYCE, 2016).

En el caso mexicano, es frecuente que este principio se encuentre reflejado de alguna manera en los contratos, aunque su consagración legal se encuentra, entre otras disposiciones, en el artículo 54 de la LOPSRM: *Los pagos de estimaciones que autoriza la residencia no se consideran como la aceptación plena de la ejecución y pago de los trabajos, toda vez que podrán ser sujetas a revisión posterior. En su caso, las dependencias o entidades tendrán el derecho de reclamar el reintegro de pagos por trabajos faltantes, trabajos mal ejecutados o pagos en exceso.*

Los fundamentos del *pay now, argue later*, se encuentran en la práctica del derecho de la construcción. En contratos de tal envergadura, la financiación de los elementos necesarios para la ejecución del contrato se realiza con los pagos de este. El freno en los pagos, aunque sean parciales, suele provocar la imposibilidad por parte del Contratista del cumplimiento de sus obligaciones básicas. No encontramos, en tales situaciones, en un círculo

vicioso: El incumplimiento en alguna obligación secundaria (por ejemplo, la obligación de regularización de la plantilla) provoca el impago por parte del Cliente; el impago provoca la escasez de liquidez para la compra de materiales y otros gastos habituales; la imposibilidad de compra de materiales deriva en el incumplimiento de las obligaciones de entregas parciales o en la paralización de las obras; el incumplimiento generalizado limita el acceso a financiación externa; el incumplimiento se generaliza y se vuelve inevitable.

Estas situaciones terminan por convertir un incumplimiento subsanable en un proyecto que termina paralizado por largos periodos de tiempo y dificulta enormemente una solución amistosa al haberse acumulado una cantidad inasumible de daños derivados de la paralización de las obras y, frecuentemente, el sobrecoste derivado de la reconstrucción de elementos que han sido dañados debido al abandono de estas.

Así, por ejemplo, la cláusula quinta de los contratos analizados prevén una serie de anticipos, de entorno al 20% de total de la obra o la sección correspondiente. Estos anticipos se condicionan al cumplimiento de ciertas obligaciones, como la prestación de garantías. No obstante, es frecuente que se incluyas cláusulas como la siguiente, recogida en la cláusula sexta del contrato de ampliación del Metro de Monterrey: **“EL CONTRATISTA, considera estos plazos [los plazos de pago del anticipo] en el análisis de su financiamiento y no afectará la ejecución de su programa de trabajo”**⁸. Esto implica que los an-

ticipos no se configuran como una obligación que otorgue derecho de paralización de las obras por parte del Contratista. Si bien esto puede entenderse como un mecanismo para evitar retrasos innecesarios en las obras, en la práctica implica que una paralización del flujo de dinero debe ser asumida por el Contratista, aún sin que le sea atribuible culpa o negligencia. En estos casos, el conflicto puede emerger de necesidades materiales de financiación.

Una situación frecuente de incumplimiento contractual se deriva del incumplimiento de las obligaciones en materia laboral. Si echamos un vistazo a la manera en la que se articulan estas obligaciones en los contratos se observa que la intención original de protección del trabajador puede terminar chocando una falta de flexibilidad que dificulta la ejecución del proyecto en caso de circunstancias negativas que afecten al Contratista y que se encuentren fuera de los escenarios previstos para el ajuste de precios. Con frecuencia los contratos suelen prever la suspensión de los pagos o anticipos para el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, como mecanismo de presión hacia el Contratista. Siendo este el caso, si el incumplimiento tiene que ver con las obligaciones laborales la suspensión de los pagos puede hacer que sea imposible que el Contratista regularice la situación de sus trabajadores, prolongando el incumplimiento y llevando a una situación de bloqueo (MOLINA & RIOS, 2016).

La solución a estos problemas, frecuentes en la práctica, no debe venir con el coste de ignorar los derechos laborales; más bien, en

pro de su cumplimiento, debe venir del uso efectivo de las herramientas de negociación para permitir alcanzar compromisos con los trabajadores que salven situaciones de precariedad y sirvan para mantener el proyecto en marcha. La clave, en este caso, es hacer uso de las garantías prestadas en el Contrato. Tales garantías se dividen, generalmente, en “Garantías de anticipo” (Que cubren la totalidad de las cantidades adelantadas), “Garantías de cumplimiento (Que suele establecerse en un 10% de la totalidad de la obra para causas de incumplimiento general) y “Garantías de vicios ocultos o buena calidad” (que se estipulan habitualmente en un 10% del precio de contrato, adicional a las garantías anteriores). Estas garantías suelen prestarse en forma de fianza (Cláusula 9 del contrato del proyecto “Tren Maya”, cláusula 7 del contrato del Metro de Monterrey y cláusulas Trigésimo segunda a Trigésimo quinta del contrato de ampliación del puerto de Manzanillo); y, teniendo en cuenta que los anticipos suelen establecerse en un 20% del precio del contrato, el total de las garantías prestadas por parte del Contratista asciende a un 40% del precio total del contrato.

Estas garantías ante el incumplimiento contractual del Contratista tienen que configurarse, principalmente, como un sistema que mantenga la confianza de las partes y sirva de soporte para negociaciones en las que amplíen los márgenes de cumplimiento del Contratista, limitando las causas para la suspensión de los pagos y anticipos a casos graves de incumplimiento donde se considere que el proyecto no tiene condiciones de viabilidad para continuar. En última ins-

tancia, el *pay now, argue later* lleva a que la depuración de responsabilidades del Contratista se realice con posterioridad a la finalización del proyecto, cuando los procedimientos arbitrales o judiciales no implican una dilatación de las obras (MOLINA & RIOS, 2016).

4.4. Cláusulas de resolución amistosa de conflictos

A pesar de su habilitación legal, nada impide que los contratos con el sector público puedan incluir cláusulas de resolución de conflictos más elaboradas que una mera sumisión legal o una referencia a la regulación en la Ley, en especial en materia de conciliación.

La previsión contractual sobre el ajuste de precios en estas circunstancias debe ir necesariamente acompañada de un mecanismo de resolución de conflictos que permita que las necesarias negociaciones entre el Contratista y el Cliente se realice de forma ordenada e institucionalizada. En este sentido, una mera mención a que los conflictos en el Contrato pueden ser sometidos a un MASC resulta manifiestamente insuficiente habida cuenta de la frecuencia con la que es necesaria una renegociación del contrato, ya sea como consecuencia de la aplicación de estas cláusulas sobre *Obstructions* y *Hardship*, ya sea por otras circunstancias que afectan al cumplimiento del contrato.

Los modelos de contratos internacionales como los ya mencionados modelos FIDIC y el modelo ICC regulan de forma exhaustiva los métodos de resolución de conflictos con-

tractuales. Estos sistemas han sido tildados, en ocasiones, de poco flexibles (SEIFERT, 2005), si bien es cierto que no están diseñados para ser trasladados como tal a contratos en los que no se apliquen tales modelos. Lo que sí que es trasladable son las ideas y principios que se reflejan en estos contratos, así como algunos de los sistemas en genérico que en ellos se regulan, como las llamadas *Dispute Boards*, que son MASC basados en la existencia de un grupo permanente e independiente de expertos, designados de mutuo acuerdo por las partes en el contrato, que actúan como una institución permanente y especializada para emitir dictámenes (vinculantes o no) en el caso de algún tipo de conflicto, ya sea manifiesto o potencial. Las *Dispute Boards* tienen la enorme ventaja de evitar controversias sobre el nombramiento de la persona u personas encargadas de dar respuesta al conflicto planteado, ya que su composición se realiza con carácter previo a que surja ningún tipo de conflicto (LARA, 2022).

En el caso de los contratos analizados se observa una disparidad de criterios importante respecto a la introducción de este tipo de cláusulas en los contratos, aunque ninguno de ellos introduce sistemas tan complejos como los mencionados en los modelos FIDIC. En este sentido, una previsión habitual nos la encontramos en contratos como el de la ampliación del Metro en Monterrey, donde se incluye una cláusula genérica en la que se señala que “las partes podrán dirimir sus controversias mediante una alternativa distinta a lo estipulado anteriormente”, tras mencionar que las controversias se dirimirán en los tribunales de justicia ordinarios.

Gran parte de la doctrina ya ha señalado los problemas que residen en este tipo de redacciones, (ADAME, 2018) especialmente debido que la posibilidad de dirimir los conflictos de manera distinta a los previstos en los contratos es algo que se extrae de la propia autonomía de la voluntad de las partes y no requiere previsión contractual en tal sentido, si bien es cierto que requiere la disponibilidad de la materia en cuestión o, en el caso de este tipo de procedimiento, la habilitación legal, que ya sabemos que existe en este supuesto. Por otro lado, desde una perspectiva más práctica, incluir una cláusula de resolución de conflictos en la que no se estipule ningún MASC y simplemente permita que las partes puedan resolver la controversia por otra vía supone añadir un potencial elemento de disputa que, en un contexto de conflicto manifiesto, difícilmente se presenta con vises de resolución rápida. Redactada de esta manera, por tanto, estas cláusulas tienen un corto recorrido.

El caso anterior, aunque frecuente, está siendo cada vez más sustituido por MASCs más complejos y una previsión contractual que, esta vez sí, prevé un sistema previo comunicación entre las partes al momento de manifestarse un conflicto, de manera que no suponga de forma directa la derivación de este conflicto a una estancia judicial o arbitral.

Además de las cláusulas escalonadas, ya mencionadas, en especial las *med/arb*, algunos contratos han introducido otros sistemas como los *mini trials* o sistemas de negociación. Este último caso es el de los contratos de ampliación de puerto de Manzanillo, que

señala en su cláusula cuadragésima primera que, en caso de que surja algún conflicto entre las partes “de carácter técnico o administrativo” deberá comunicarse por escrito a la otra parte, dando lugar a una “junta aclaratoria”, que, como señala la propia cláusula “de ninguna manera, impliquen una audiencia de conciliación” (dejando fuera la regulación de esta figura jurídica). Por el contrario, el procedimiento descrito se plantea como una negociación estructurada, en el que las partes pueden plantear pruebas y dar traslado a la contraparte de las diferentes propuestas. El problema en este sistema es que, por un lado, no se prevé el nombramiento de ninguna persona que actúe como mediador o como adjudicador para proponer una solución al conflicto. Simplemente se estructura como un sistema de negociación formal, pero en el que la solución solo puede alcanzarse de mutuo acuerdo. En el caso de no alcanzarse se entiende aplicable la cláusula anterior, en el que existe un sometimiento jurisdiccional.

En lo que respecta al contrato del proyecto del “Tren Maya”, lo que nos encontramos, esta vez sí, es una cláusula (vigésimoprimera) mucho más compleja respecto al procedimiento de resolución de conflictos, tomando inspiración claramente en el modelo FIDIC.

La Cláusula establece un procedimiento escalonado, para las discrepancias de carácter técnico o administrativo, iniciando con una negociación que puede ser asistida en el que la parte que inicie el procedimiento deberá presentar por escrito la descripción del problema y la documentación de soporte

y la contraparte convocará una reunión de trabajo con el fin de intentar la solución. En este punto, el contrato prevé la intervención de denominado “Supervisor externo”, una persona u órgano al que se atribuyen ciertas labores de vigilancia y, en este caso, puede ejercer como un asistente a la negociación. A continuación, en caso de que las negociaciones no terminen con un acuerdo, las Partes se obligan a agotar sucesivamente los medios alternativos de solución de controversias previstos: Una mediación con mediador certificado designado por la Entidad Contratante o una conciliación ante la Secretaría de la Función Pública conforme a los arts. 95–97 de la LOPSRM.

Si estos mecanismos alternativos resultaran no aplicables o se agotaran, las Partes acuerdan someterse a arbitraje, por uno a tres árbitros. Además, el contrato prevé que la iniciación de cualquiera de estos mecanismos no suspende la ejecución del proyecto, lo cual, aunque no se explicita en las otras cláusulas, resulta esencial y entra en concordancia con los ya mencionados principios *pay now, argue later*.

Aunque estas cláusulas resultan evidentemente más completas que las anteriormente mencionadas, se siguen planteando problemas evidentes en su ejecución, en especial ante las posturas anti-negociación de ciertas partes. La experiencia internacional, trasladada en los modelos FIDIC, ha demostrado que los sistemas de resolución de conflictos autocompositivos no suelen resultar especialmente favorables en dos situaciones: Aquellas en las que las cuestiones de fondo tienen un carácter técnico y aquellas

en las que el margen de negociación de las partes es pequeño, como es el caso de los contratos en los que interviene una parte pública, (MOLINA & RIOS, 2016).

Es por ello por lo que los MASC que han demostrado ser más efectivos en este tipo de proyectos son aquellos heterocompositivos en los que un tercero imparcial proponga soluciones basadas en una valoración de las pruebas presentadas (al margen claro está, del arbitraje). Sistemas como el adjudicador o los *mini-trials* permiten que puedan presentarse resoluciones a los conflictos basados en un análisis imparcial de las circunstancias. A través de estos sistemas las partes pueden verse impelidas a alcanzar soluciones negociadas, sintiéndose empoderadas para poder recobrar el control del procedimiento y siendo incentivadas a llegar a un acuerdo. Lo contrario puede entenderse como un método de ralentizar las resoluciones de conflictos y reforzar las posturas incumplidoras del contrato, enquistando los conflictos y llegando a situaciones de bloqueo que derivan, como hemos mencionado, en enormes sobrecostos.

5. CONCLUSIONES

Del análisis empírico y doctrinal realizado se puede afirmar que la incorporación de mecanismos adecuados de solución de controversias (MASC) en contratos internacionales de construcción en México constituye una condición estratégica para garantizar la continuidad de proyectos complejos en un contexto globalizado. Se observa, sin embargo, que la inclusión meramente declarativa de cláusulas no asegura su eficacia:

se requiere una arquitectura procedimental escalonada, vinculante y diseñada desde la fase de licitación.

Del mismo modo se puede concluir que los modelos internacionales, como FIDIC e ICC, ofrecen referencias útiles al integrar mecanismos preventivos —especialmente Dispute Boards— orientados a evitar la paralización de obras. Sin embargo, su adopción exige perfiles profesionales con formación en gestión de conflictos y conocimiento técnico especializado, lo que plantea retos en la práctica.

La complejidad y potencial conflictividad, intrínseca a este tipo de contratos, hacen necesaria una adaptación de los contratos celebrados con los contratistas que recojan, de forma clara y completa, mecanismos que permitan la continuidad de los proyectos, aunque emerjan conflictos en el seno de su desarrollo. En especial, los sistemas de garantías del contrato no pueden servir para reforzar posturas inmovilistas de las partes, sino para darles una red de seguridad que les permita flexibilizar sus posiciones en el conflicto.

Asimismo, la creciente internacionalización del sector, impulsada por el *nearshoring* y la inversión extranjera directa, refuerza la necesidad de contratos estandarizados que contemplen cláusulas de ajuste ante contingencias, tales como condiciones imprevistas del terreno o eventos de fuerza mayor. La ausencia de estas previsiones incrementa la litigiosidad y traslada riesgos de manera desproporcionada, afectando la competitividad y el equilibrio económico-financiero

del contrato. La incorporación de cláusulas de *hardship* y sistemas claros para la revisión de precios, vinculadas a los MASC, se revela como una práctica indispensable.

Es necesario, por parte de los organismos públicos, el desarrollo contractual de los MASC en este tipo de contratos. Su correcta implementación no solo reduce riesgos financieros y operativos, sino que contribuyen a la consolidación de una cultura de cooperación, superando la lógica adversarial que persiste en la contratación pública mexicana. Este cambio resulta esencial para alinear la práctica nacional con estándares internacionales y garantizar la viabilidad de proyectos estratégicos.

TRABAJOS CITADOS

- Adame Rivera, M. G. (2018). *Las cláusulas MEDARB en la solución de conflictos del sector energético* (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Nuevo León).
- CabelloTijerina, P. A. (2015). La mediación como vía irenológica. En P. A. CabelloTijerina & J. Moreno Aragón (Eds.), *Diversas miradas. Un mismo sentir: Comunicación, ciudadanía y paz como retos del siglo XXI* (pp. 31-48). México: Plaza y Valdés.
- Castro, A. M., & Zapata, A. C. (2005). El *hardship* en los contratos internacionales. *Revista eMercatoria*, 4(2).
- Charret, D. (2009). *Dispute Boards and Construction Contracts*. Society of Construction Law Australia & DRBF Australasia.
- De Almagro, I., & Klee, L. (2017). *Los contratos internacionales de construcción: FIDIC*. Wolters Kluwer.
- Delgado, C. J. (2025). Los MASC tras la Ley Orgánica 1/2025. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 101(807), 191-226.
- Díaz, L. M. (1997). Privatización de conflictos. *El Foro*, 9(1), 55-96.

- Elías Azar, E. (2010, 15 enero). *La contratación como núcleo del derecho comercial en la globalización económica: El papel activo de México* (pp. 1-39). México:
- Figueroa Díaz, L. (2022). La construcción del derecho económico mexicano en el inicio del siglo XXI: una perspectiva teórica desde la *lex mercatoria*. *Alegatos: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, (111-112), 239-262.
- GómezEscalonilla, L. V. (2016). Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho español. *RIEDPA*, (1), 1-73.
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). *Mediación: su valor intangible y efectos operativos. Una visión integradora...* México: Tirant lo Blanch.
- FIDIC, (2017) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* (2ª ed.)
- Hernández Rodríguez, A. (2014). *Los contratos internacionales de construcción*. Cuadernos de Derecho Transnacional, 6(1), 161-235
- ICC – International Chamber of Commerce. (2024). *ICC model for Turnkey/Mayor Projects*
- Lara, J. L. (2022). Mecanismos de resolución de controversias. En *Derecho de la construcción: aspectos jurídicos de la contratación de obras civiles* (pp. 278-321).
- Martínez Rodríguez, A. E., (2018). *La mediación como herramienta de solución de conflictos en la industria de la construcción* (Tesis de doctorado). Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León. <http://eprints.uanl.mx/16369/1/1080291951.pdf>
- Martínez Rodríguez, A. E., (2021). *El uso de la mediación en la industria de la construcción*. En *Experiencias prácticas de la mediación como profesión* (Vol. 1, pp. 33-57)
- Mereminskaya, E. (2022). Latin America Isn't 'Going South': A Qualitative Sampling Analysis. *Journal of International Arbitration*, 39(3).
- Molina, N., & Ríos, N., (2016). *Derecho de la Construcción*, LOM Ediciones
- Molineaux, C. (1997). Moving toward a construction *lex mercatoria* – A *lex constructionis*. *Journal of International Arbitration*, 14(1), 55-67.
- Pereznieta Castro, L. (2025). Breve panorama del Derecho internacional privado en México. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, (46).
- Gonzalo Quiroga, M., (2012). *Métodos alternativos de solución de conflictos* (Vol. 146). Dykinson.
- Gonzalo Quiroga, M., & Barriga Villavicencio, K. (2016). El acuerdo de confidencialidad en el arbitraje. En A. Sánchez García & P. López Peláez (Coords.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* (pp. 113-137). Thomson Reuters Aranzadi.
- Royce, D. (2016). *Adjudication in Construction Law*. Oxon.
- Santos Príncipe, A. (2024). *Incumplimiento y responsabilidad del contratista en los modelos internacionales de contratos EPC/ "Llave en mano"* (1ª ed.). Aranzadi.
- Seifert, B. M. (2005). International Construction Dispute Adjudication under FIDIC... *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, 131(2), 149-157.
- Serrano Manzanilla, J. (2017). *El arbitraje de inversiones y el CIADI: ¿protección excesiva del inversionista?* En *Revista de Derecho Internacional*, 19(2), 45-78. Bogotá: Universidad del Rosario
- Secretaría de Economía (México). (2024). *IED 2T2024. Presentación*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/938797/Presentaci_n_IED_2T2024__versi_n_p_blica__VF.pdf
- Steele Garza, J. G. (2024). *La administración de justicia a través de los mecanismos de solución de controversias*. En A. S. García & J. G. Steele Garza (Coords.), *La administración de justicia a través de los mecanismos de solución de controversias* (pp. XXX-XXX). Editorial Tirant lo Blanch.
- UNCTAD (2025). *World Investment Report 2025: International Investment in the Digital Economy*
- Wallace, I. N. (1986). *Construction Contracts: Principles and Policies on Tort and Contract*. Londres.
- Wöss, H. (2008). The ICC Model Turnkey for Major Projects. *Construction Law International*, 3(2).
- Wöss, H. (2009). Arbitration, ADR and Public Procurement in MexicoThe 2009 Reforms. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 6(4).

Yglesias Mora, R. (2012). El arbitraje en el campo de la construcción. *Revista Judicial* (Costa Rica), N.º 106, diciembre

Alejandro Santos Príncipe

Doctor en el programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URJC. Profesor ayudante doctor de Derecho mercantil. Abogado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Consultor. Mediador.