

Particularidades del arbitraje de construcción a nivel internacional

Rodolfo Miranda Miranda

Miró Quesada Abogados

rmiranda@mq-abogados.pe

rgm316@nyu.edu

AMCHAM, San José, Agosto 2017



Temas

- Arbitrabilidad: objetiva (*rationae materiae*) y subjetiva (*rationae personae*).
- Fuente jurisdiccional, relación con el arbitraje de inversión, por temas de fondo y de jurisdicción.
- Convenio arbitral.
- Cláusulas escalonadas (*gateways to arbitration*/jurisdicción v admisibilidad): negociación, mediación, DAB.
- Relaciones entre el DAB y el arbitraje. Breve explicación del DAB.
-

Temas

- Multipartes y multicontratos: acuerdos marco, compatibilidad o no de los convenios arbitrales, selección de los árbitros, quién contra quién.
- ¿Relaciones? entre subcontratista y propietario
- Perfil del árbitro
- Pretensiones usuales de ida y vuelta entre propietario y contratista.
- Laudos o resoluciones provisionales: jurisdicción, ley aplicable, fondo v. daños.
- Medidas cautelares: medidas usuales –innovar o no innovar–

Temas

- Pruebas y pedidos de producción y exhibición: Discovery USA – intermedio Reglas IBA – restrictivo modelo procesal. Debe regularse en el convenio arbitral.
- Actuación de los peritos - *Soft law*: Directrices IBA sobre Prueba en Arbitraje Internacional, *Chartered Institute of Arbitrators, Protocol for Party Appointed Arbitrators*
- Arbitrajes muy fácticos. El bosque y los árboles.
- Audiencias.
- Escrito post audiencia.
- Laudo.

Visión transversal del reclamo

Rodolfo G. Miranda Miranda
Miró Quesada Abogados
rmiranda@mq-abogados.pe
rgm316@nyu.edu

San José - Setiembre 2017



Etapas del reclamo

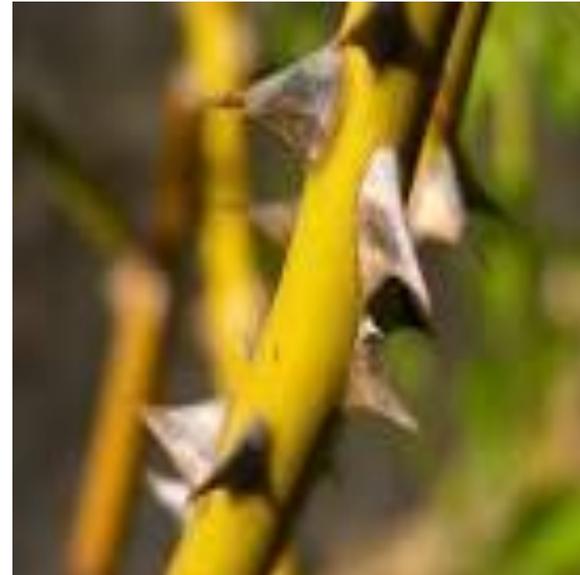
- Negociación del contrato y del convenio arbitral.
- Siempre pensar en la eficiencia del proyecto, pero a la misma vez, en que va a haber controversias.
- Día a día (los árboles)
- Mes por mes o periodicidad específica o general (el bosque)
- Reclamo en sí
- Negociación/cláusulas escalonadas
- Arbitraje/Medidas cautelares
- Cobro

LA ROSA Y LA ESPINA

LO QUE PENSAMOS INICIALMENTE



LO QUE ES



2 principios básicos a entrenar corporativamente:

1. Eviten los reclamos



2. Si surge uno, resuélvanlo
rápido y de manera
eficiente



Condiciones Generales para un *claim* exitoso:

Documenta y elabora una buena reclamación

- Que sea simple.- sintetiza y simplifica para mejorar el entendimiento del lector.
- Escribe tu historia.- mantenlo interesante, claro, comunicando ideas y algunas emociones.

- Incluye un resumen ejecutivo.- incluye un resumen de hechos con redacción lógica y ordenada. Que el resumen sirva como referencia futura para todos.
- Enfatiza los reclamos más fuertes y hechos importantes.- no presenten y argumenten cada uno de los hecho, el lector no los leerá todos.
- Incluye sustento contractual y legal.- el abogado debe cumplir un rol esencial en este aspecto.
- Incluye información de costos y precios.- los costos que se reclaman deben ser lo más detallados posibles y debidamente sustentados. No mentir.
- Incluye pruebas e informes de expertos.- la opinión de terceros independientes expertos y evidencias darán un mejor impacto a la reclamación.

Análisis legal y contractual (I)

- Imputabilidad del riesgo a la otra parte:
 - Ley/Contrato: obligaciones generales.
 - Dolo o culpa/fórmulas de equilibrio.
 - Traslación contractual o legal del riesgo.
- No posibilidad de atribuir el riesgo en cabeza del reclamante.
- Formalidad.
- Temporalidad (en el aviso y en la formulación del reclamo).
Evaluar caducidad legal/fatalidad convencional.

Análisis legal y contractual (II)

- Necesidad.
- Perjuicio (razonable y comprobado/salvo fórmula legal).
- Diligencia.
- Relación de causalidad.
- Propietarios: cuidado con la *teoría de la piscina*.

Cláusulas de solución de controversias y convenio arbitral

Convenio arbitral

- La cláusula de la medianoche
- Se recomienda partir de modelos, pero solo partir, no copiar
- Arbitraje ad hoc v institucional
- Relaciones con
 - Ley arbitral aplicable: disposiciones imperativas v. disposiciones supletorias
 - Reglamento del Centro: ídem
 - Otras cláusulas del contrato vinculadas a la solución de controversias.

Convenio arbitral

- Controversias cubiertas: amplia
- Ley aplicable de fondo
- Ley aplicable al proceso arbitral e, incluso, al convenio arbitral
- Sede del arbitraje: país, ciudad
- Número de árbitros
- Forma de elección de los árbitros (qué ocurre si no se coloca)
- Nacionalidad/calificaciones de los árbitros
- Designación residual del árbitro de parte v presidente
- Facultades del tribunal de ejecutar el laudo

Convenio arbitral

- Si se pacta ad hoc, se debe pactar quien va a ser la autoridad nominadora
- Idioma
- Medios probatorios/amplitud de pedidos de una parte a la otra (enfoque norteamericano, Reglas IBA, códigos procesales).
- Asignación de costos
- Cuidado con los límites de tiempo: en cualquier caso, señalar que el laudo no es nulo por exceso de tiempo

Cláusulas escalonadas

- Concepto
- Pros y contras (cuidado con no agotar etapas)
- Temas a cuidar por problemas de jurisdicción y admisibilidad
- Cuidado con las nuevas controversias
- Posibilidades previas al arbitraje:
 - Reuniones gerenciales
 - Mediación
 - *Dispute Adjudication Boards*
 - Todas o algunas de las anteriores

Multipartes y multicontrato

- Cuando el arbitraje es de 2 partes, es sencillo.
- Cuando son 3 o más: los árbitros deben ser designados por el centro.
- Acuerdos marco de solución de controversias.
- Cuando se trata de un proyecto con varios contratos:
 - Opción A: hacerlas compatibles; Opción B: hacerlas incompatibles deliberadamente.
 - Cuidado con que A tenga convenio arbitral con B y B con C, no significa que A lo tenga con C.

Dispute Adjudication Boards

- Concepto
- Clases: los que emiten recomendaciones, los que emiten decisiones
- Permanentes o ad hoc
- Ventajas
- Decisiones son vinculantes, pero pueden ser impugnadas en arbitraje
- Funciones:
 - Revisora, seguimiento de la obra
 - Asistencia informal/amigable composición
 - Decisora/recomendadora

Protocolos y consejos en reclamos

- Al menos en Perú, ventajas usuales de los privados.
- Entidades no responden o responden generalidades, entonces, contratista va con mejor pie probatorio a un arbitraje.
- Cada carta debe contener:
 - Obligación (haciendo referencia a documentos contractuales y técnicos como cronograma, planes, especificaciones técnicas, etc)
 - En qué consiste el incumplimiento
 - Factor de atribución
 - Daños (tiempo, costo, etc)
 - Pedido

Pruebas

Day to day

- Libro de Obra
- Cartas
- Énfasis en asuntos que impliquen culpa inexcusable (sin decirlo), i.e. pidiendo información, mucho detalle, que ausencias de respuesta o respuestas vagas revelen culpa inexcusable.

Arbitraje o DAB

- Pruebas *day to day* recopiladas y sistematizadas por *issues* y daños.
- Pericia técnico constructiva sobre (i) incumplimientos, (ii) impactos en el cronograma – ruta crítica,

Pruebas

Day to day

- Cartas de *stakeholders* afectados, i.e. trabajadores, financistas, proveedores, contratistas.

Arbitraje o DAB

- ... (iii) parte económica de la ampliación de plazo + gastos generales + costos directos en mano de obra y equipos

Pruebas

Day to day

- Reportes periódicos (en el marco del Contrato) consignando incumplimientos y pérdidas (Reportes de Avance)
- Cartas de los financistas o bancos

Arbitraje

- ...(iv) interrupción (análisis de precios unitarios de propuesta y EDI v. costos reales) y (v) posible aceleración.
- Pericia técnico financiera para probar los daños financieros

Pruebas

Day to day

- Estados financieros deben ir reflejando estas pérdidas desde ahora.
- Documentos reflejando los sobrecostos por la causa pertinente (atraso, aceleración, interrupción) y preparando la comparación entre lo previsto (servirá de sustento para el perito externo)

Arbitraje o DAB

- ... lucro cesante por posposición de pagos, mayores intereses, costos financieros de garantías, etc.
- Las pericias deberán reflejar el deber ser versus el ser (continúa)

Pruebas

- Deber ser: Propuestas Técnica y Económica, Análisis de Precios Unitarios, Plan de Desarrollo del EDI, consultas y distintos elementos que impliquen un programa, un plan, un presupuesto.
- Ser: Análisis de lo gastado, desgregado en conceptos.
- Comparación y relación de causalidad.

Arbitraje - etapas

- Petición arbitral – designación de árbitro
- Absolución de petición arbitral – designación de árbitro – objeciones jurisdiccionales
- Recusaciones
- Elección del Presidente
- Constitución del Tribunal
- Acta de Misión - Conferencia procesal
- Demanda
- Contestación

Arbitraje - etapas

- Dúplica – objeciones jurisdiccionales
- Réplica
- Resolución de asuntos jurisdiccionales
- Audiencia
 - Método del reloj de ajedrez (chess clock) en uso del tiempo
 - Opening statement
 - Direct examination, cross examination
 - Closing statement
- Escrito post audiencia
- Laudos
- Recursos internos

Principales reclamos: de contratista a propietario

Rodolfo G. Miranda Miranda
Miró Quesada Abogados
rmiranda@mq-abogados.pe
rgm316@nyu.edu

San José - Setiembre 2017



ÍNDICE

1. Ampliación de Plazo.

2. Aceleración.

3. Disrupción.

4. Riesgo de suelo.

5. Variaciones/costos adicionales.



Principales reclamos
entre propietarios y
contratistas

RECLAMO PRINCIPAL N° 01

Ampliación de Plazo

- Construir la obra dentro del plazo contractual **es una obligación, pero también es un derecho.**
- Por diversas situaciones ocurre que el contratista no puede ejecutar la obra en un determinado tiempo. El efecto: **se reduce el plazo inicial pactado.**
- Situaciones diversas: huelgas, mala planificación, no entrega de terrenos, errores en la ingeniería y diseño, permisos y autorizaciones retrasados, entre otros.
- La no ejecución de la obra dentro del plazo contractual implica *per se* un incumplimiento. Sin embargo, se reconoce que no siempre es por culpa del contratista. Por ello surge la Ampliación de Plazo.

- **La Ampliación de Plazo implica:**
 1. Beneficio hacia el contratista / constructor mediante el cual se le libera de responsabilidad por los daños generados por el atraso en la ejecución de cualquier periodo de tiempo hasta antes de la fecha de culminación del contrato.
 2. Beneficio hacia el propietario / comitente mediante el establecimiento de una nueva fecha de culminación del contrato previniendo que la ejecución de la obra se convierta en indeterminada (“*time at large*”).

- La **Ampliación de Plazo** no implica:

1. Curar plazos cortos mal pactados.

2. Otorgar compensación por los costos de la ampliación de manera automática (salvo pacto expreso en contrario).

- Efectos jurídicos inherentes:

- Extensión de plazo.
- Posposiciones de hitos.
- No aplicación de penalidades.
- Liberación de responsabilidad.

- Efectos jurídicos posibles, pero no inherentes:

- Compensación al contratista.
(Fórmulas preestablecidas v. costo real, razonable y probado).

- Causales:

- o Causas no atribuibles al contratista.
- o Causas imputables al propietario.
- o Fuerza mayor o caso fortuito.

- Requisitos:

- o Que se cumpla una o más de las causales.
- o Afectación de la ruta crítica y necesidad real para culminar la obra en el período pactado.

Temas a evaluar:

- Hecho generador.
- No imputabilidad.
- Impedimento real (causalidad).
- Afectación de ruta crítica.
- Necesidad para culminar la obra dentro del plazo contractual.
- Preclusión.
- Formalismo.

Demoras concurrentes

- *Concurrent delay* – demoras concurrentes en pedidos de ampliación de plazo.
- Mucho depende de lo que se puede probar y separar y no: “*apportionment*”
- Teoría de la causa predominante.
- De no poder separar:
 - No penalidades contra constructor.
 - Sí ampliación de plazo.
 - No reconocimiento de sobrecostos

No damage for delay clauses

- Generalmente aceptadas.
- Implica que se acepta la extensión del plazo (sin penalidades) pero no se indemniza al contratista.
- Límites/excepciones:
 - Texto de la cláusula.
 - Buena fe.
 - Previsibilidad de la demora.
 - Magnitud de la demora.
 - Imputabilidad de la demora (nulidad de los límites de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable).

ADP: Preguntas

- ¿Quién es el dueño de la holgura?
- ¿Por cuánto tiempo se concede la ADP? Por el tiempo del retraso o por el plazo necesario?
- ¿Quien asume los sobrecostos en caso de ADP no imputable a ninguna parte?
- ¿Pueden convivir la ADP y la aceleración?
- ¿Y la utilidad?

ADP: Preguntas

- ¿Cabe ADP cuando el atraso es concurrente por culpa del propietario y del contratista a la vez?
- ¿Tiene derecho el propietario a rechazar la solicitud de ADP del contratista si la presenta fuera de plazo? Forma vs Fondo.
- ¿Puede otorgarse ADP con posterioridad a la fecha contractual de culminación de la obra? ¿Y si la causal se genera antes de dicha fecha?
- ¿Debe otorgarse ADP aun cuando el contrato no haya incluido una disposición de ADP?
- ¿Cuándo se considera la culminación de la obra a efectos de determinar la viabilidad de una ADP? ¿Con la fecha contractual de culminación o con la culminación física de la obra? ¿Puede entenderse culminada la obra con observaciones menores para tales efectos?

RECLAMO PRINCIPAL N° 02

Aceleración

La Aceleración implica incrementar los recursos necesarios para culminar la ejecución de la obra antes de la fecha contractual. Las razones son diversas y de ellas dependen el reconocimiento de mayores costos.

- Aceleración por causas atribuibles al contratista:

El contratista decide por sí mismo acelerar la ejecución de las obras por alguna de las siguientes razones:

i) **Prevé** tener retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones.

ii) Los **retrasos existentes acumulados** impedirán que culmine en el plazo contractual.

iii) Quiere obtener los **incentivos pactados** en el contrato por **culminación anticipada** (*fee* o acta de conformidad con reconocimiento de buen trabajo).

iv) Otras que obedecen a su propio interés o a responsabilidades íntegramente suyas.

En estos casos la Aceleración no es compensable hacia el contratista.

- Aceleración por causas atribuibles al propietario:

El contratista realiza la aceleración por órdenes del propietario o porque se ve obligado a hacerlo:

i) El propietario pide expresamente que se culmine la obra antes de tiempo. (*directed acceleration*).

ii) El propietario no otorga ADP que sí debió otorgar (*constructive acceleration*).

En estos casos la Aceleración es compensable en favor del contratista.

- 7 elementos básicos para un reclamo por aceleración:

El contratista debe considerar evaluar y documentar a modo de evidencia para un buen expediente de reclamo los siguientes 7 elementos:

i) Verificar que existe una o más **situaciones de retraso no imputables** a él que generen el derecho a una ADP.

ii) **Notificar oportunamente** al propietario de la situación de retraso no imputable al contratista.

iii) Elaborar y entregar **oportunamente** al propietario una **solicitud de ADP** para culminar la obra.

iv) Documentar que el propietario **rechaza o falla en otorgar al contratista la ADP**.

v) Documentar que el propietario **ordena indirectamente al contratista cumplir** con la obra en el plazo contractual a través de acciones expresas o implícitas.

vi) Documentar y comunicar al propietario regularmente que el contratista **procuró acelerar y completar la obra**.

vii) Comunicar al propietario documentos que sustenten que con la aceleración se está incurriendo en **costos adicionales**.

Cuestiones Generales:

- Diferencial (daño emergente) de más entre (i) el monto que se hubiese invertido en escenario contrafáctico y (ii) el monto realmente invertido con la aceleración.
- Éxito presupone tener un excelente control de gastos de personal, equipamiento, financieros, otros en escenarios (i) y (ii).

Aceleración: Preguntas

- ¿Existe una cláusula que regule la aceleración de los trabajos? ¿Reconoce los sobrecostos? ¿Cuál es el procedimiento que establece para su reconocimiento –pre o post aceleración?
- ¿Qué consecuencias conlleva que el contratista no haya comunicado al propietario sobre los costos adicionales en los que se estaba incurriendo por la aceleración? ¿Acaso un propietario no sabe que la aceleración cuesta? ¿Hubo mala fe del contratista en no advertir sus posibles sobrecostos al comitente?
- ¿Ha probado el contratista el diferencial, es decir, cuánto le hubiese costado ejecutar la obra sin y con aceleración?
- Para efectos de la documentación necesaria ¿Es legalmente válido utilizar correos electrónicos? ¿Cuáles son los límites?

RECLAMO PRINCIPAL N° 03

Disrupción

RAE: Disrupción.- f. Rotura o interrupción brusca.

El sustantivo *disrupción* se documenta por primera vez en español en el siglo xviii, en textos de Feijoo, donde parece tratarse más bien de un cultismo derivado del latín *dis(r)umptionem* ('rotura o ruptura', de *di(s)rumpĕre* 'romper en trozos, hacer pedazos', que dio lugar al verbo medieval *derromper*, hoy desaparecido): «*El veneno de la vívora [sic] solo tiene la eficacia de tal, comunicándose a la sangre, mediante la disrupción que hace en las venas capilares la mordedura*» (Feijoo *Cartas* [Esp. 1745]). Hoy se está extendiendo su empleo, sin duda por influjo del inglés, en el lenguaje de diversas disciplinas, como la medicina, la sociología, la psicología o la pedagogía, si bien es posible sustituirlo casi siempre por términos españoles como *interrupción*, *ruptura*, *rotura*, *destrucción*, *perturbación*, *alteración*, *disgregación* o *disociación*, según los casos.

En *derecho de la construcción* se conceptualiza a la **Disrupción** de la siguiente manera:

Ruptura de la secuencia constructiva del contratista que genera pérdidas de productividad por causas atribuibles al propietario. Ocurre aun cuando a veces el último retraso en la culminación de la obra es pequeño o nulo.

- Premisa de derechos:
 - Lucro/utilidad.
 - Construir conforme a un plan.
- La interrupción es más difícil de detectar, probar y medir en comparación con otros reclamos financieros.
- No se debe confundir con la Aceleración y la Ampliación de Plazo. La forma de medir los sobrecostos en estos últimos son comparativamente más fáciles si se lleva un buen registro.
- Razones que producen Interrupción: interferencias, órdenes de suspensión, no acceso a sitio, excesivas instrucciones, entre otros.
- Pérdida (daño emergente) porque no se ejecutó conforme a lo planeado.
- Presupone una comparación entre:
 - Plan inicial (A) y lo realmente ocurrido (B).
 - Costos (B) – costos (A).

Principales características de la Disrupción:

- Usualmente no es detectado por el contratista sino hasta que efectivamente ha ocurrido.
- Afecta la productividad de la obra.
- Suele concurrir con otros problemas: aceleración, variaciones, errores, ineficiencias en el trabajo, corrupción, entre otros.
- No hay consenso sobre las fórmulas a utilizar para calcular la afectación a la productividad de la obra. Ninguna fórmula es exacta, todas son referenciales respecto al cálculo.

Principales métodos para medir la Disrupción:

- **Milla Medida (*Measured Mile*).**
- Estándares de la Industria (Industry Standards).
- Comparación con Proyectos Similares.
- Análisis de Productividad.
- Trabajo Total.
- Cálculos del Costo Total Modificado.

Disrupción: Preguntas

- ¿Puede concurrir el reconocimiento de costos por disrupción con costos por ADP? Si el propietario reconoce los costos por disrupción ¿Debe automáticamente reconocer los costos por ADP?
- ¿Es posible aplicar el Método Milla Medida (Measured Mile) en un proyecto en el que existieron ineficiencias propias del contratista desde el inicio de la ejecución de la obras? ¿Cuál sería el periodo de tiempo de productividad esperada para tomar como base en el cálculo en estos casos?
- ¿Es posible reclamar costos por disrupción aun cuando se haya pactado en el contrato? ¿Cuál es la base legal para hacerlo?
- ¿Es posible reconocer costos por disrupción en aquellos casos en donde existe un plan de secuencia constructiva del proyecto? ¿Qué pasa si el plan existe pero el contratista no lo presentó al propietario ni lo incluyó en el contrato?

RECLAMO PRINCIPAL N° 04

Riesgo de Suelo

Es el riesgo de encontrar condiciones de suelo imprevistas cuya solución genera sobrecostos durante la ejecución de la obra.

- Uno de los riesgos más grandes en la industria de la construcción, a nivel legal y técnico.
- Nadie puede saber con certeza lo que se encontrará durante los trabajos bajo la superficie. Aun con las nuevas tecnologías, la certeza 100% no existe.
- **Regla General: el riesgo es del propietario.**

Mejor forma de mitigar el riesgo:

Pactar en los contratos quién y cómo se asumirá el riesgo en caso ocurra. Redacción clara, uso e exclusiones.

- Si se pacta en el contrato, la evaluación sobre quién asumirá el riesgo dependerá de lo que las partes hayan convenido.
- Si no se pacta en el contrato: problemas.

Código Civil Peruano

Artículo 1784.- Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo.

Caso A

- Contrato de construcción por US\$ 100 millones.
- Sistema de Entrega del Proyecto: *Design-Bid-Build*.
- Propietario afirmó con la ingeniería que el suelo era **tipo X**.
- Durante ejecución de obra el contratista identifica suelo **tipo Y**.

Caso B

- Contrato de construcción por US\$ 100 millones.
- Sistema de Entrega del Proyecto: *Design-Bid-Build*.
- Propietario no dijo nada en la ingeniería respecto al tipo de suelo.
- Durante ejecución de obra el contratista identifica suelo **tipo Y** cuando había previsto suelo **tipo X**.

Caso C

- Contrato de construcción por US\$ 100 millones.
- Sistema de Entrega del Proyecto: *Design/Build*.
- Contratista realiza el diseño y la ingeniería y señala que el suelo será **tipo X**.
- Durante ejecución de obra el contratista identifica que el suelo es **tipo Y**.

Caso D

- Contrato de construcción por US\$ 100 millones.
- Sistema de Entrega del Proyecto: *Design/Build*.
- Contratista realiza el diseño y la ingeniería y no dice nada respecto al tipo de suelo.
- Durante ejecución de obra el contratista identifica que el suelo es **tipo Y** cuando había supuesto que el suelo sería **tipo X**.

- Estudios de suelo/documentación entregada al propietario.
- Experiencia del constructor/lo común en la zona.
- Cláusulas de inspección y el principio de suficiencia del precio. Límites a la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.
- Deber de alerta temprana.

Código Civil Peruano

Artículo 1774.- El contratista está obligado:

(...) 2. a dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular. (...)

- Elementos:

- Condiciones planteadas explícita o implícitamente.

- Condiciones reales.

- Razones NO RDS contratista/ SÍ RDS propietario.

Riesgo del Suelo: Preguntas

- Si el propietario declaró en los estudios que él hizo que el suelo sería tipo X y el contratista encontró suelo tipo Y, ¿Quién asume la responsabilidad por los sobrecostos? ¿Y si el contrato establece que el contratista asume responsabilidad por los estudios del propietario?
- ¿El propietario manifestó cuál era la clase de suelo? Si no lo hizo, ¿acaso era obvio que en la zona el suelo iba a ser tipo X?
- ¿Fue diligente el contratista al momento de cotizar y contratar? ¿Acaso no pudo notar que el suelo iba a ser Y en vez de X?
- ¿Realmente la diferencia entre X e Y amerita los sobrecostos y tiempo adicional que pide el constructor? ¿O acaso hay un comportamiento oportunista?
- Qué vale más, ¿la santidad de lo pactado o el cambio por lo imprevisible?
- ¿Puede una condición imprevisible de suelo volverse previsible?

RECLAMO PRINCIPAL N° 05

Variaciones / Cambios

Una variación es un cambio formal a los planos o a las especificaciones técnicas del alcance contractual.

- En un mundo de construcción perfecto no habrían variaciones. No existe un mundo de construcción perfecto.
- Las variaciones usualmente incluyen un incremento en el alcance contractual, pero también es posible una reducción del mismo.
- Las variaciones suelen implicar un incremento (o reducción, según corresponda) de la contraprestación.
- Las variaciones también suelen implicar un reconocimiento de la ampliación del plazo.

- Usual confusión entre la modalidad de *suma alzada* y la de *precios unitarios*.

Código Civil Peruano

Artículo 1776.- El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

- Causas que pueden generar una variación:
 - Condiciones imprevistas.
 - Ingeniería de valor.
 - Especificaciones técnicas/materiales.
 - Aceleración.
 - Adiciones requeridas por el propietario.
 - Accidentes o daños.
 - Casos fortuitos o fuerza mayor.
 - Cantidad (no confundir con metrados).
 - Actividades (*i.e.* reacomodación social, ensamblaje).

Código Civil Peruano

Artículo 1775.- El contratista no puede introducir variaciones en las características técnicas convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente.

Variaciones

- Cláusula de cambios (Change Orders)
- Directed Change Orders
- Cómo se valorizan los cambios
- Formalidad preestablecida (bajo sanción de nulidad o no). *Wording* especial sobre necesidad de aprobaciones.

Teorías legales a usar

- Ejecución misma del contrato
- Enriquecimiento sin causa
- Doctrina de los actos propios
- Responsabilidad civil
- Common law: quasi contracts, unjust enrichment, quantum meruit.

Variaciones: Preguntas

- ¿El contrato es a suma alzada, precios unitarios u otra modalidad?
- ¿Hay alguna diferencia entre variaciones, mayores metrados y mayor trabajo?
- ¿El trabajo está dentro o fuera del alcance?
- ¿Qué dice el contrato sobre cómo se valorizan las variaciones? Si nada dice, ¿aplicamos costo real o analógicamente los mismos precios que el alcance original?
- ¿El sobrecosto que aduce el constructor es parte de su prestación, pudo ser prevista o fue originada por incumplimiento del comitente?

GRACIAS!

Rodolfo G. Miranda Miranda

Miró Quesada Abogados

rmiranda@mq-abogados.pe

rgm316@nyu.edu

San José - Setiembre 2017



Principales reclamos: de supervisor o ingeniero a propietario y viceversa

Rodolfo G. Miranda Miranda

Miró Quesada Abogados

rmiranda@mq-abogados.pe

rgm316@nyu.edu

San José - Setiembre 2017



Cuestiones conceptuales

- Un contrato pequeño (en monto) con enormes impacto en el contrato grande (de obra).
- Deslinde con el contratista o con otros riesgos, límites de responsabilidad (presentación Guillermo).
- Costos directos, gastos generales y utilidad en obras. Producto: una obra, vale lo ejecutado.
- Costos directos, gastos generales y utilidades en servicios de ingeniería (supervisión y diseño). Producto: una buena supervisión.
- ¿A qué está obligado el ingeniero y el supervisor?
- Igual que en obras: rendimiento está ligado a alcance y plazo, y controversias también, más responsabilidad.
- Ecuación: alcance-tiempo-dinero

Reclamos usuales en materia de ingeniería y supervisión

DE INGENIERO A PROPIETARIO

- Demora en las aprobaciones
- Ampliación de plazo (ADP \neq demora del comitente)
- Daños por demora. Costo directo, gasto general, utilidad
- ¿Qué ocurre cuando la demora no es imputable al comitente? ¿Cuál es la diferencia cuando sí lo es?
- Adicionales, variaciones.
- Pretensión de declaración negativa de alcance.

Reclamos usuales en materia de ingeniería y supervisión

- Responsabilidad, alerta temprana, defectos de la obra.
- Cesación (legítima) de la supervisión o de la ingeniería por agotamiento de presupuesto o tiempo.

DE PROPIETARIO A INGENIERO

- Costos de aceleración (efecto de la demora)
- Daños
- Sobrecosto de obra por culpa del ingeniero
- Mal diseño/mala supervisión

Elementos y pruebas para un buen reclamo

- Actividades dentro y fuera de alcance.
- Tiempo previsto v. fuera del previsto.
- Control por unidad de medida del presupuesto de recurso humano: meses, número de profesionales, etc.
- Hacer hincapié en cumplimiento de responsabilidades (día a día y de cuándo en cuándo).