

September, 2015

Reclamos por Demoras, Disrupción y Aceleración en Proyectos de Construcción

Eric Franco Regio

Fernando Marcondes

organização

TEMAS DE DIREITO DA CONSTRUÇÃO

Fernando Marcondes

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto

Ricardo Campelo

Juan Eduardo Figueroa Valdés

Luciana Rosa Rodrigues

Marcelo Alencar Botelho de Mesquita

Eric Franco Regjo

Alexandre Tadeu Navarro Pereira Gonçalves

Rafael Marinangelo

Joana Albuquerque e Caio Lucas Gabra

André Dabus

PINI

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Temas de direito na construção / Fernando Marcondes. -- São Paulo
Pini, 2015.

Varios autores.

Bibliografia

ISBN 978-85-7266-461-5

1. Construção - Leis e legislação - Brasil 2. Normas regulamentado-
ras - Brasil I. Marcondes, Fernando.

15-08178

CDU-34:69(81)(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Construção civil : Leis : Direito 34:69(81)(094)

Temas de Direito da Construção

© Copyright Editora PINI Ltda.

Todos os direitos de reprodução reservados pela Editora PINI Ltda.

Coordenação de Manuais Técnicos: Josiani Souza

Projeto gráfico, capa e revisão: Linotec

Editora PINI Ltda.

Rua Anhaia, 964 – CEP 01130-900 – São Paulo, SP

Tel.: 11 2173-2328

www.piniweb.com – manuais@pini.com.br

1ª edição: set./2015



vida, t
realiza

racter

como
gama

constr
nos di
ção, at
à viab
uma le
os tem

advoga
não sé
que m

coorde
te qual
a de se

SUMÁRIO

Prefácio.....	5
Apresentação	9
Contratos de Construção por Administração com Preço Máximo Garantido: a Lógica Econômica e a Apuração dos Resultados.....	11
<i>Fernando Marcondes</i>	
A Arbitragem na Administração Pública – Tendências e Desafios	31
<i>Jéssica Helena Rocha Vieira Couto</i>	
Normas Técnicas ABNT – Desempenho e Reformas.....	55
<i>Ricardo Campelo</i>	
O Gerenciamento Eficaz da Arbitragem de Construção	91
<i>Juan Eduardo Figueroa Valdés e Luciana Rosa Rodrigues</i>	
Adjudicação de Conflitos na Construção.....	105
<i>Marcelo Alencar Botelho de Mesquita</i>	
Reclamos por Demoras, Disrupción y Aceleración en Proyectos de Construcción	121
<i>Eric Franco Regjo</i>	
Contratos de Construção – Análise dos Modelos, Efeitos Fiscais e Comerciais das Atuais Práticas do Mercado.....	161
<i>Alexandre Tadeu Navarro Pereira Gonçalves</i>	

Aspectos Relevantes dos Modelos Contratuais FIDIC	187
<i>Rafael Marinangelo</i>	
Responsabilidade Civil e as Garantias Pós-Obra em Contratos de Construção	209
<i>Joana Albuquerque e Caio Lucas Gabra</i>	
O Seguro Garantia como Mecanismo de Viabilização de Projetos de Infraestrutura	225
<i>André Dabus</i>	

do lar
áreas
2014
Santo
queri
-a a l
livro

Infrae
e, em
entus
de São
a util
que o
a esci
meu
Conti
confu
respe
utiliza
em ac
da fer

em fa
do qu

minh
Ela se
ment
em fr

RECLAMOS POR DEMORAS, DISRUPCIÓN Y ACELERACIÓN EN PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Eric Franco Regjo

Abogado, árbitro y profesor de derecho. Master en derecho de la construcción y resolución de conflictos, King's College, Londres.

En el presente artículo se desarrolla una explicación sobre la naturaleza y los conceptos principales con relación a reclamos por demoras, disrupción y aceleración en proyectos de construcción. El objetivo es mostrar que este tipo de reclamos son comunes en la industria de la construcción y que si bien no hay un amplio desarrollo legal sobre los mismos en Latinoamérica, sí lo hay en otras jurisdicciones cuya experiencia nos puede servir de guía.

Dado que la gran mayoría de estos tipos de reclamos son resueltos por las partes mediante trato directo, los precedentes disponibles son sólo una pequeña muestra de la riqueza de los casos que se dan en la realidad, a lo cual se suma el escaso desarrollo doctrinal en Latinoamérica. Adicionalmente, si bien en Latinoamérica es relativamente frecuente que se den arbitrajes con relación a reclamos por demoras en contratos de construcción privados, sólo recientemente se ha empezado a plantear con mayor frecuencia arbitrajes con relación a reclamos por disrupción o aceleración. En tal sentido, estos casos ponen a prueba los argumentos jurídicos aplicables y es precisamente ahí cuando nos es útil tener en cuenta cómo se resuelve este tipo de reclamos en otras jurisdicciones con mayor experiencia.

Cabe señalar que en el presente artículo hago una recopilación de los conceptos y argumentos usados en otras jurisdicciones tal cual los entiendo a la fecha del presente artículo, pero al ser abogado peruano, hago especial referencia al Código Civil peruano y el presente artículo sólo debe ser considerado como una referencia conceptual a distintas fuentes, argumentos y principios que pueden ser

tomados en cuenta al analizar reclamos por demoras, interrupción y aceleración en un proyecto de construcción. Espero que la propia coherencia de los argumentos planteados sirva para aportar en el análisis de este tipo de reclamos.

Si bien los reclamos por demora, aceleración y interrupción tienen muchas similitudes, cada uno tiene sus propios elementos característicos que deben ser tenidos en cuenta.

Estos tres tipos de reclamos tienen en común que alteran la cantidad y/o calidad de recursos que el contratista debe invertir para realizar los trabajos contratados y por ello son fuente de controversias en las que se discute quién debe asumir dichos mayores costos. Adicionalmente, en el caso de los reclamos por demoras y los reclamos por interrupción, un punto de controversia será si el contratista tiene derecho a un mayor plazo para cumplir con culminar los trabajos y si incurre o no en responsabilidad por no cumplir el plazo originalmente fijado, ya sea mediante el pago de penalidades o los daños y perjuicios que correspondan.

Es esencial entender que al momento que el contratista prepara su oferta y cuando se firma el contrato, el contratista asume que el volumen de los trabajos a realizar en el plazo comprometido es el que razonablemente se desprende de las especificaciones, que podrá realizar los trabajos sin demoras ni interrupciones y en el plazo pactado. Ello es un principio fundamental, pues de lo contrario debería contemplar en su precio una serie de contingencias que podrían o no materializarse, pero que de todos modos trasladaría al propietario. En tal sentido, si el plazo de culminación es diferido, o reducido, el contratista incurrirá casi indefectiblemente en mayores costos relacionados con el tiempo de ejecución; por ejemplo, costos de mano de obra, supervisión, equipo de proyecto, gastos generales como consumo de energía, soporte de la oficina principal, etc. También podría sufrir un incremento de costos debido a la ruptura de la secuencia constructiva, el incremento de los costos laborales u otros tipos de mayores costos.

En este campo, como veremos, las cortes y tribunales suelen procurar que se mantenga el equilibrio económico-financiero del contrato y, aún cuando el texto del contrato pueda establecer disposiciones expresas al respecto, la impracticabilidad de las mismas o la lectura de las mismas bajo principios fundamentales como el de la buena fe hará que se considere que el propietario, o el contratista según sea el caso, están sujetos a obligaciones implícitas que son el sustento para las decisiones relativas a estos casos. Es por ello, que en los temas de derecho de la construcción se dice comúnmente que “es tan importante lo que dice el contrato, como lo que no dice.”

1. RECLAMOS POR DEMORA

El tiempo es una de las principales variables en un proyecto de construcción y una variación en el plazo previsto, ya sea reduciéndolo o ampliándolo, genera una serie de implicancias económicas para las partes. Como veremos, una extensión del plazo previsto puede generar mayores costos al contratista, así como al propietario e, inclusive, generar daños y perjuicios. Dichas situaciones son muy comunes en los proyectos de construcción y dan lugar a los reclamos por demoras.

Desde el punto de vista del contratista, en tales casos no bastará que pruebe que el plazo contractual fue diferido; sino que deberá probar que las razones por las cuales ello ocurrió son causas justificadas que le dan derecho a una ampliación del plazo que se le concedió para terminar la obra y, de ser el caso, al reconocimiento de los mayores costos incurridos. Tal como lo señala el principio 14 del Protocolo de Demoras y Disrupción (en adelante, el "Protocolo") de la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido (en adelante, la "SCL" o la "Society of Construction Law"):

"Entitlement to an extension of time does not automatically lead to entitlement to compensation (and vice versa)".¹

Las partes pueden asignar el riesgo de demora de distintas maneras. Hoy en día sería raro que un contrato de construcción no trate con cierto detalle la asignación de los riesgos de demora entre las partes. En tal sentido, para determinar las implicancias de un retraso, lo primero que hay que analizar son los detalles de la asignación del riesgo de demoras pactado por las partes.

1.1. Importancia del plazo contractual

Un primer aspecto conceptual que sirve para enmarcar la discusión es si el plazo es considerado una condición esencial del contrato. Es decir, si el propietario perdería interés en la obra en caso que la misma no se culmine en el plazo previsto.

1. SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW. *Delay and Disruption Protocol*. Londres: SCL, 2002. p. 8. El Protocolo fue publicado con el propósito de establecer lineamientos para el gerenciamiento de proyectos y brindar una guía autorizada para lidiar con reclamos de demoras y disrupción principalmente. El Protocolo fija 21 principios centrales los que representan una guía valiosa sobre las buenas prácticas en el gerenciamiento de proyectos y el análisis de demoras y ampliaciones de plazo. El Protocolo puede ser descargado de la página web de la SCL: <<http://www.scl.org.uk/>>.

Es reconocido que en un contrato de construcción el tiempo no es una condición esencial (lo que se conoce en inglés como “*time is of the essence*”) a menos que haya sido expresamente indicado que lo es². En tal sentido, en principio, el incumplimiento del contratista en completar los trabajos de acuerdo con los plazos indicados en el contrato no da derecho al propietario a terminar el contrato o suspender los pagos al contratista; pero sí puede hacer responsable al contratista por los daños que genere la demora. En el caso estadounidense *Carter v. Sherburne Corp.*³, la corte lo resumió de la siguiente manera:

“Where time is of the essence, performance on time is a constructive condition of the other party’s duty, usually the duty to pay for the performance rendered. *Jones v. United States*, 96 U.S. 24, 24 L. Ed. 644 (1877). Time may be made of the essence of a contract by a stipulation to that effect, *Cheney v. Libby*, 134 U.S. 68, 10 S. Ct. 498, 33 L. Ed. 810 (1890), or by any language that expressly provides that the contract will be void if performance is not within a specified time. *Sowles v. Hall*, 62 Vt. 247, 20 A. 810 (1890). Where the parties have not expressly declared their intention that the termination as to whether time is of the essence depends on the intention of the parties, the circumstances surrounding the transaction and the subject matter of the contract. *Kennedy v. Rutter*, 110 Vt.332, 6A.2d 17 (1939)”.

Es importante señalar que inclusive si el tiempo es una condición esencial, el contratista no será responsable frente al propietario si las demoras fueron causadas por un acto o incumplimiento del propietario o una persona por la cual el propietario es responsable o causas fuera del control razonable del contratista.

1.2. Plazo contractual a falta de pacto

Otro aspecto conceptual que sirve para enmarcar la discusión es qué sucede cuando las partes no pactan un plazo contractual o cuando el plazo contractual deja de ser aplicable, ya sea porque el contrato no prevé un mecanismo para actualizar el plazo en caso ocurran demoras o por cualquier otro motivo. En tales casos, se entiende que el plazo es aquel que sea razonable para cumplir con ejecutar los trabajos. En las jurisdicciones anglosajonas, dicho plazo razonable se denomina “*time at large*”. Como se señala en Keating:

2. CUSHMAN, Robert F. y otros. *Proving and Pricing Construction Claims*. 3^{ra} ed. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2010. p-32-33.

3. 132 Vt. 88, 315 A. 2d 870 (1974).

“If the parties fail to agree a fixed period within or date by which the works are to be completed, the court will normally imply a term into the contract to the effect that the contractor is to complete the works within a reasonable time. What is a reasonable time will depend upon all the circumstances of the case. In assessing what is reasonable the court will consider objectively what would be a reasonable time for the performance of the relevant work at the time the question arose and what other circumstances, outside the control of the contractor, should be reflected in the time for performance. The determination of what a reasonable time amounts to in this situation is a composite question which will be assessed objectively when the question arises and in the light of all relevant circumstances and not simply by a consideration of the time required to complete any work associated with the instruction of a variation that may have set time at large. A person obliged to complete within a reasonable time: “fulfils his obligation, notwithstanding protracted delay, so long as such delay is attributable to causes beyond his control, and he has acted neither negligently nor unreasonably.” Thus a strike occurring after the contract was entered into was taken into account. But car repairers, who were under-staffed and were aware of the holiday period approaching and that for commercial reasons they had to give priority to certain other work, were not able to rely on delay caused by these factors in assessing a reasonable time”.⁴

El principio equivalente al principio “*time at large*” antes referido es reconocido en el inciso 1 del artículo 1774 Código Civil peruano, cuando señala que:

“El contratista está obligado: 1. A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre”.

Idéntico principio se recoge en el artículo 1148 del Código Civil peruano, el cual señala que:

“El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias”.

4. FURST, Stephen y RAMSEY, Vivian. *Keating on Construction Contracts*. 9^{na} ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013. p. 276.

Se ha escrito poco con relación a dicho artículo. Por ejemplo, Arias Schreiber. Cárdenas y Martínez indican que:

“Ordinariamente las partes convienen expresamente todo lo relativo a la forma en que se hará la obra y el plazo de su ejecución. A falta de convenio se estará a lo que dispone la costumbre. Pero en este dispositivo no se contempla la posibilidad de que no existan usos en determinada área y a nuestro entender será el juez quien lo determinará”.⁵

Por su parte, María del Carmen Tovar y Verónica Ferrero señalan que:

“Cabe preguntarnos qué normas podríamos aplicar supletoriamente, en caso las partes no hayan pactado nada y no exista una costumbre al respecto. Creemos que ante esta situación, serían aplicables las normas que regulan las obligaciones de hacer, contenidas en los artículos 1148 al 1157 del Código Civil. Lo mismo opina el autor Arias Schreiber. Al respecto, cabe señalar que el artículo 1148 recoge pautas más flexibles que el artículo 1774, en cuanto estipula que las obligaciones de hacer deben cumplirse según lo pactado o en su defecto, en los términos exigidos por la “naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso”.

La remisión a la naturaleza de la obligación o a las circunstancias del caso para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de hacer, permite bastante flexibilidad. Así, aplicando el artículo 1148 es posible tomar en consideración circunstancias particulares a la obra encargada por el comitente al contratista, como pueden ser por ejemplo las prácticas entre las partes incluso si las mismas no forman parte de una costumbre.

En resumen, la forma y plazos aplicables a la obra deben ser aquellos pactados en el contrato de obra, en caso de ausencia de pacto, aquellos que establezca la costumbre y, a falta de costumbre, aquellos exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso particular”.⁶

En adición a lo anterior, también puede darse la situación que las partes hayan pactado un plazo contractual y que dada la ocurrencia de situaciones que

5. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTINEZ COCO, Elvira. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 744.

6. TOVAR, María del Carmen y FERRERO, Verónica. Comentario al artículo 1774 del Código Civil. En: *El Código Civil Comentado*. 2. ed., Vol. VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. p. 153-154.

retrasan el proyecto, y que dado que no hay un mecanismo acordado o adecuado para recalcular el plazo contractual, el plazo deja de ser el fijado originalmente y pasa a ser el plazo razonable.

1.3. Demoras justificadas y demoras compensables

Los eventos de demora se analizan desde dos perspectivas. En primer lugar, se determina si el evento da o no da lugar a una ampliación del plazo contractual originalmente pactado, ello dependerá de si el evento constituye una causa justificada o no. En segundo lugar, se determina si el evento da derecho de compensación al contratista.

1.3.1. Demoras justificadas

Dicho de manera sencilla, las demoras justificadas son aquellas por las cuales el contratista no es responsable bajo el contrato. Como regla general, el contratista suele no ser responsable por causas que están fuera de su control razonable o no eran previsibles, por ejemplo: variaciones, conflictos laborales de rama, eventos de fuerza mayor e incumplimiento del cliente de sus obligaciones contractuales⁷.

El Código Civil peruano prevé sólo de manera general estos supuestos. En adición al artículo de fuerza mayor y a los artículos 1148 y 1774 antes citados podríamos hacer referencia a los dos primeros párrafos del artículo 1316 del Código Civil peruano:

“La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que el deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil”.

7. Por ejemplo, el artículo 1315 del Código Civil peruano indica que “caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

1.3.2. Demoras compensables

Una vez que se ha determinado si la demora es justificada, entonces se deberá analizar si el contratista tiene derecho a ser compensado y en qué medida. No todas las demoras justificadas dan derecho a compensación; por ejemplo, es usual que en los casos de fuerza mayor se reconozca al contratista una ampliación del plazo pero no sus costos, pero ello puede ser variado por las partes contractualmente. Como contrapartida, en otros casos, como por ejemplo en caso de demoras causadas por incumplimientos del cliente y que afecten a la ruta crítica, sí se reconocerá al contratista los mayores costos inherentes a la demora sufrida.

1.4. Elementos compensables

El contratista deberá sustentar cuáles son los mayores costos en los que ha incurrido. Típicamente, los conceptos más usuales que se reclaman son los siguientes:

1.4.1. Mayores costos de materiales y mano de obra

Si los trabajos son demorados por una causa justificada, los mayores costos de materiales y mano de obra podrían ser compensables como parte del reclamo del contratista. En el caso estadounidense *J. D. Hedin Construction Co. v. United States*⁸, el propietario argumentó que en un contrato a suma alzada el incremento del costo de la mano de obra era un riesgo de negocio asumido por el contratista, la corte determinó que ello es cierto sólo si el costo de la mano de obra se incrementa dentro del plazo originalmente contratado, pero si el plazo se extiende por causas imputables al propietario y los costos se incrementan durante el período extendido, entonces el riesgo de los mayores costos no recae en el contratista.

Con respecto al incremento de los costos de materiales, la regla básica es la misma que en el caso del incremento de los costos de mano de obra. En adición a los mayores costos de materiales en sí mismos, el contratista podría tener derecho a que se le reconozca otros costos relacionados con los materiales, como por ejemplo la pérdida del beneficio que hubiera obtenido por comprar grandes cantidades en conjunto, costos de almacenamiento o mayores costos de manejo logístico o de seguros.

En esa misma línea, el contratista podría reclamar que el propietario asuma los mayores costos por variación en el tipo de cambio si dichas variaciones ocurren durante el plazo extendido por causas atribuibles al propietario.

8. 347 F.2d 235, 171 Ct. Cl. 70 (1965).

1.4.2. *Costo de equipos de construcción paralizados*

Cuando los trabajos son demorados por causas que son atribuibles al propietario, el contratista podría reclamar que se le compense por los equipos de construcción paralizados.

1.4.3. *Gastos generales de la oficina principal*

Es reconocido a nivel internacional que el contratista puede tener derecho a que se le reconozca los mayores gastos generales relativos a su oficina principal incurridos con ocasión de una demora atribuible al propietario.

1.4.4. *Utilidad*

Como regla general, si el reclamo del contratista se origina bajo el contrato y cae dentro de la categoría de una variación, entonces la utilidad es un elemento compensable. Si, por el otro lado, el reclamo del contratista surge como consecuencia de un incumplimiento del propietario y en tal sentido se encuentra fuera del ámbito del contrato, las cortes de los Estados Unidos de América (EE.UU.) no reconocen la utilidad.

En tal sentido, cuando la demora es atribuible a un incumplimiento del propietario se aplicaría el principio 16 del Protocolo⁹:

“Unless expressly provided for otherwise (eg. by evaluation based on contractual rates), compensation for prolongation should not be paid for anything other than work actually done, time actually taken up or loss and/or expense actually suffered. In other words, the compensation for prolongation caused other than by variations is based on the actual additional cost incurred by the Contractor. The objective is to put the Contractor in the same financial position it would have been if the Employer Risk Event had not occurred.”

2. RECLAMOS POR ACELERACIÓN

Los reclamos por aceleración tienen sus propias características. El interés del propietario en que se culmine el proyecto dentro de un determinado tiempo, el cual puede ser mayor o menor dependiendo de si espera recibir ingresos adicionales como producto de la obra que se está construyendo o si tiene algún

9. Society of Construction Law, *op. cit.*, p. 8.

otro motivo en especial. Inclusive, algunas veces el propietario puede estar más interesado en el plazo que en el costo o en la calidad del proyecto. Por su parte, el contratista también cuenta con el plazo contractual pues planifica sus recursos y calcula su utilidad sobre esa base.

Es por lo anterior que puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que los trabajos del contratista son acelerados para que sean culminados antes de la fecha esperada o para remontar retrasos y lograr culminar en la fecha originalmente pactada, antes de la misma o en una fecha no tan retrasada.

2.1. La aceleración como una variación

Si entendemos que en la industria de la construcción, la “aceleración” se da cuando un contratista invierte mayores recursos (como por ejemplo movilizar más personal directo e indirecto, incorporar más subcontratistas dividiendo el trabajo o movilizar más equipos) o tomar otras medidas originalmente no previstas (tales como que el personal trabaje horas extras, variar los turnos de trabajo o realizar trabajos en días no laborales) para ejecutar los trabajos más rápido de lo planificado, entonces debemos tratarla, como regla general, como una variación o un adicional y aplicarle por ende los principios que rigen las variaciones. En tal sentido, no habría duda sobre cómo tratar una aceleración expresamente requerida por el propietario, pues en tales casos las partes se pondrían de acuerdo sobre las implicancias en precio y plazo. Algo similar sucedería en una “aceleración voluntaria”, pues el contratista implementaría la aceleración por interés propio, frente a lo cual el propietario no asume ninguna responsabilidad.

La discusión se origina en los casos en los cuales las partes no están de acuerdo sobre si el esquema de aceleración está incluido en el alcance y precio original. Es decir, si el contratista al momento de contratar asumió la responsabilidad de acelerar en la situación determinada. Dicho campo de controversias incluye aquellas generadas en situaciones en las que el propietario se niega a reconocer al contratista una ampliación de plazo que le corresponde y al mismo tiempo lo presiona para que acelere los trabajos, ante lo cual el contratista debe decidir si acelerar a pesar de que el propietario se niega a reconocerle los costos de aceleración o confiar en que tiene derecho a una ampliación de plazo y por tanto no debe temer la imposición de penalidades por demora o a una eventual resolución del contrato por incumplimiento; situación que, como se explicará más adelante, se conoce como el “dilema de la aceleración”.

Estas situaciones son cotidianas en la industria de la construcción y lo usual es que se resuelvan comercialmente entre las partes por trato directo, pero cuando ello no se logra el conflicto escala al ámbito arbitral o judicial. Como señala Podetti:

“Todos los trabajos que no son estrictamente indispensables para alcanzar el objeto prometido, constituyen trabajos adicionales. Se trata de incorporaciones o modificaciones al objeto definido originalmente en el contrato. “Son trabajos adicionales o extras – dice MOSSET ITURRASPE, sintetizando la doctrina judicial argentina en la materia – los que no están comprendidos implícitamente en el contrato, en el plan acordado; los realizados fuera de las previsiones del contrato”. Cuando el comitente solicita u ordena estos trabajos en carácter de adicionales, naturalmente no existe dificultad alguna; el constructor debe ejecutarlos y tiene derecho a cobrar el incremento de precio que sea pactado o el que resulte de la aplicación de los precios del contrato y a que sea considerada la incidencia que su ejecución tenga en el plazo de la obra. En caso de no existir acuerdo sobre el precio o la incidencia en el plazo, decidirá el juez.

Lamentablemente, no es frecuente que en los contratos de construcción las partes se pongan rápidamente de acuerdo en cuanto a cuáles trabajos son adicionales y cuáles se encuentran incluidos entre los “trabajos previstos por las partes” para alcanzar el objeto prometido. Ello obedece a múltiples causas, pero sin lugar a dudas la más importante es la imprecisión en la definición del objeto del contrato. En efecto, si dicho objeto está definido de un modo que no deje lugar a dudas respecto de cuáles son los trabajos que debe cumplir el constructor o cuál es la obra que debe entregar, difícilmente se plantee una divergencia en este aspecto. Por el contrario, las definiciones imprecisas, ambiguas o de carácter general, tales como “la obra deberá incluir todo lo que fuese necesario para cumplir sus funciones” o “se consideran incluidos todos los elementos necesarios para alcanzar el resultado prometido”, originan casi siempre divergencias difíciles de resolver para las partes.

El comitente, aún de buena fe, puede sentirse inclinado a entender que el constructor le ha prometido la obra más completa que pueda realizarse de acuerdo con los conocimientos técnicos y científicos conocidos en el mercado al momento del contrato. Por el contrario, el constructor de buena fe entenderá haber prometido una obra media o estándar, capaz de cumplir con la finalidad para la que fue construida, pero en modo alguno con elementos, equipos o características que la aproximarían a una obra del mayor nivel de calidad. En ese sentido, MOSSET ITURRASPE destaca que “cuando nada se ha convenido, el locador de obra se obliga a una ejecución de calidad intermedia, de calidad normal o corriente, lo cual no quita que la obra debe ser perfectamente concluida dentro de esa calidad”.

Como hemos anticipado, la obligación de definir el objeto corresponde al comitente, salvo que de modo expreso se adopte un sistema por el que deba ser definido por el constructor. En cualquier caso, las imprecisiones o vaguedades en la definición del objeto deben ponerse a cargo de quien era el responsable de incorporar al contrato la definición del objeto. Así, cuando el responsable es el comitente – lo que constituye el principio general aplicable en todos los casos en que no se señale expresamente esa responsabilidad a cargo del constructor –, la norma es que las imprecisiones, vaguedades o definiciones de carácter general, deben ser entendidas en el sentido que incluyen solamente los trabajos imprescindibles para que la obra sea adecuada a su finalidad, con un nivel de exigencia media para ese tipo de obra en el mercado en la que debe ejecutarse. Todos los restantes trabajos solicitados u ordenados por el comitente deben considerarse adicionales, con todas las consecuencias sobre el precio y el plazo que la incorporación de tales trabajos provoque”.¹⁰

Como vemos, las controversias por variaciones están usualmente fundamentadas en la diferencia de entendimiento entre el propietario y el contratista sobre qué se debe hacer. Sin embargo, la experiencia nos muestra que en realidad una variación también puede estar relacionada con el cómo o en qué plazo se realiza la obra.

Las controversias sobre el alcance tratan sobre si determinados trabajos están o no incluidos en el precio y plazo contractual. Por ejemplo, imaginemos una planta industrial construida bajo la modalidad EPC en la que surge una controversia sobre si el contratista debe construir una sala de control con protección contra incendios o si no requiere tener protección contra incendios. En caso se determine que sí debe tenerlo, entonces no tendrá derecho a un mayor plazo ni precio contractual. Sin embargo, si no está incluido en el contrato, el contratista tendrá derecho al mayor precio y plazo que corresponda.

Por su parte, las controversias con relación a cómo se ejecuta el proyecto tienen que ver con la secuencia constructiva, o el orden previsto por el contratista para ejecutar los trabajos. En este tipo de controversias se encuentra casos, por ejemplo, relacionados a determinar si el propietario tiene o no tiene derecho a definir el orden en el que el contratista ejecuta los trabajos o si tiene derecho a exigir que haya una cantidad determinada de personal, ya sea

10. PODETTI, Humberto. *Contrato de Construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 326-329.

mayor o menor, en un momento determinado, o a decidir o intervenir en la elección o forma de administración de los subcontratista o proveedores. Muchas veces este tipo de controversias tienen un componente de “disrupción”, pero no necesariamente.

Finalmente, encontramos las controversias con relación al plazo. El contratista y el propietario acuerdan que los trabajos se ejecutarán en un plazo determinado, o a falta de acuerdo, en un plazo razonable. Dicho plazo presupone una cantidad y calidad determinada de recursos y ampliar o reducir el plazo muy probablemente tendrá un impacto en los recursos que debe invertir el contratista.

Desde el punto de vista del propietario, una variación en el plazo también puede generarle costos adicionales. Naturalmente, un retraso injustificado le podría ocasionar diversos daños y perjuicios, ya sea que estén o no cubiertos por penalidades; pero una reducción del mismo también podría ocasionarle complicaciones y mayores costos; por ejemplo, debido a que deberá almacenar equipos o materiales antes de tiempo, o deberá brindar alojamiento y alimentación antes de lo esperado, o inclusive, que no cuenta con el financiamiento para asumir los pagos finales antes de lo previsto.

A la luz de lo anterior, acelerar los trabajos de un contratista es una variación, pues rompe con la cantidad de recursos presupuestados al momento de contratar y puede generar un desequilibrio económico-financiero en el contrato. En tal sentido, surgen diversas controversias sobre si la aceleración implementada es o no una variación bajo el contrato y si ella fue o no aprobada según el procedimiento previsto para variaciones. Dependiendo del caso, estas controversias se resuelven de diversas maneras.

2.2 Tipos de aceleración

2.2.1 *Aceleración instruida por el propietario*

La aceleración instruida por el propietario se da, típicamente, cuando el propietario ordena de manera explícita al contratista, siguiendo el procedimiento establecido en el contrato, que: i) complete las obras antes del plazo contractual, ii) cambie la secuencia constructiva y/o trabaje horas extras, jornadas adicionales y/o involucre mayor mano de obra, supervisión, maquinaria o recursos de cualquier tipo para alcanzar el plazo contractual, o iii) cambie la secuencia constructiva y/o trabaje horas extras, jornadas adicionales y/o involucre mayor mano de obra, supervisión, maquinaria o recursos de cualquier tipo para recuperar demoras incurridas por las cuales el contratista no es responsable.

Si bien el artículo 1775 del Código Civil peruano dispone que “el contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente” y ello nos llevaría a pensar que, como muchos contratos lo requieren expresamente, la aprobación deba constar por escrito; en realidad la instrucción del propietario requeriría haber sido emitida como una manifestación de voluntad válida, más allá de la formalidad, la cual las partes pueden decidir dejar de lado.

La formalidad impuesta por el artículo 1775 es *ad-probationem* y si bien el contrato puede establecer un procedimiento específico para registrar la aprobación del propietario, el cual suele indicar que debe ser por escrito, hay que considerar la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, y los usos y costumbres de la industria de la construcción. Este tema ha sido y es discutido a nivel doctrinal y jurisprudencial, tal como refieren Michael Sergent y Max Wieliczko:

“Unless expressly prohibited by statute, a contract can be varied in any manner the parties choose. Even a deed can be varied by a simple written document, or even an oral agreement. Once the contract has been varied by the parties, it will include the new varied agreement, and as such the contract may then be partly written and partly oral.

Contracts themselves sometimes seek to stipulate the manner in which they may be varied; for example, by requiring that variations to the contract must be made in writing. Indeed, whilst there may be some logic to a system that insists on changes to the scope being agreed and recorded via a specified process, current English case law suggests that such stipulations are unenforceable (...) the courts have generally been inclined towards the view that the parties to a contract cannot place restrictions on their future power to vary”.¹¹

El artículo 1775 del Código Civil peruano se encuentra en otros países de la región y al respecto Podetti señala:

“Casi todos nuestros códigos civiles establecen que para que un trabajo pueda ser considerado adicional, debe ser ordenado por escrito por el comitente y convenirse su precio en forma previa¹². El origen de

11. SERGEANT, Michael y WIELICZKO, Max. *Construction Contract Variations*. Oxon: Informa Law, 2014. p. 248.

12. Código Civil venezolano, art. 1638; Código Civil mexicano, art. 2627; Código Civil brasileño, art. 619, aunque sólo exige el acuerdo escrito previo y exceptúa en su

esta disposición es una norma del Código Civil francés, que – como señala SÁNCHEZ FONTÁNS – modificó el criterio vigente en el derecho hasta ese momento, para “proteger a los propietarios frente a los abusos de los constructores, a quienes se atribuía pretensiones ilegítimas de cobrar aumentos indebidos”, lo que “pone de manifiesto el carácter anacrónico de esta norma”, dado que “en el estado actual de nuestra organización social y económica no existen ya los motivos que inspiraron al legislados francés”. “En cambio – continúa SÁNCHEZ FONTÁNS – es muy frecuente que propietarios inescrupulosos se amparen en esta disposición legal para defraudar los legítimos derechos de los empresarios, resistiéndose maliciosamente a pagar trabajos suplementarios que han ordenado o autorizado verbalmente”. Sin embargo, algunos tratadistas prestigiosos como SÁNCHEZ MEDAL, continúan sosteniendo, a nuestro juicio sin fundamento, que la “disposición tiende a proteger al dueño de la obra y evitar que se le haga víctima de los frecuentes abusos que cometen en perjuicio de él muchos empresarios”.

La solución correcta es considerar que el requisito de aprobación escrita y determinación del precio en forma previa, sólo es exigible con anterioridad a la ejecución del trabajo. Una vez que el trabajo ha sido ejecutado, aun cuando el comitente lo haya ordenado como un trabajo correspondiente al objeto prometido o no lo haya ordenado, cualquier medio de prueba será suficiente para incluirlo en la categoría de trabajo adicional, tal como destaca SPOTA. También es decisiva la presunción que dejamos señalada, en cuanto a la responsabilidad por la definición del objeto, que recae inexcusablemente en el comitente.¹³

Como vemos, si bien el contrato o la ley puede exigir una cierta formalidad, habrá que interpretar dicho requerimiento de manera razonable, siempre evitando el abuso del mismo y una actuación de mala fe por parte del propietario.

En los casos de aceleración instruida por el propietario, conforme hemos referido en el presente numeral, el propietario reconocerá los mayores costos en que incurra el contratista y la aceleración se implementará y valorizará como una variación al contrato. En estos casos el contratista implementará las medidas de aceleración con el respaldo del propietario.

segundo párrafo la aceptación tácita; Código Civil chileno, art. 2003, I, y ecuatoriano, art. 1964, I, aunque sólo requieren el acuerdo sobre el precio; Código Civil uruguayo, art. 1845.

13. PODETTI, Humberto, *op. cit.*, p. 326-329.

2.2.2 *Aceleración voluntaria*

Por su parte, la aceleración será voluntaria cuando el contratista decida de manera unilateral acelerar sus propios trabajos debido a retrasos que le son imputables u otros intereses propios del contratista. En tales casos, el contratista no tendrá derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que incurra con ocasión de la aceleración.

2.2.3 *Aceleración forzada por el propietario o aceleración "inferida"*

A diferencia de los dos tipos de aceleración antes descritos, hay situaciones en las que el contratista no cuenta con la aprobación formal del propietario para acelerar los trabajos, por ejemplo cuando no se sigue el procedimiento de aprobación requerido por el contrato y tampoco hay una aprobación de otro tipo, pero el contratista se ve forzado a implementar un esquema de aceleración porque el propietario se niega a concederle una ampliación de plazo a la que tiene derecho, o se la da sólo parcialmente o se demora en dársela e implementa la aceleración como una medida de mitigación de los daños que podrían sufrir ambas partes.

Por ejemplo, consideremos un caso en que el contratista inicia una actividad que es parte de un proyecto y que tiene planificada cierta duración y ciertos recursos. El contratista descubre que no podrá completar la actividad en el tiempo previsto si no "acelera" debido a un evento que no le es imputable y que probablemente le cause un retraso. El contratista informa al propietario y solicita una ampliación de plazo. El propietario le niega la ampliación, se la concede parcialmente o se demora en concedérsela debido a que desea que el contratista termine en el plazo previsto o con un retraso menor. Si bien el contratista está convencido que tiene derecho a una ampliación del plazo, debido al temor a estar equivocado y las consecuencias que puede acarrear no cumplir con el plazo, ya sea la aplicación de penalidades o inclusive la pérdida de interés del propietario en la obra si el plazo es una condición esencial, el contratista decide acelerar.

En casos como el indicado, en los que el contratista aceleró los trabajos e incurrió en mayores costos pero sin contar con una aprobación formal del propietario, la pregunta es si el contratista tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos incurridos con ocasión de la aceleración. Esta situación, usualmente conocida como el "dilema de la aceleración" (the "*acceleration dilemma*")¹⁴, pone al contratista en una situación en la que debe preguntarse por qué aceleró

14. LANE, Nicholas. Constructive Acceleration. En: *Construction Law Journal*, 2000, 16(4). p. 231-241.

cuando podría haber confiado en su derecho a reclamar una ampliación de plazo y los mayores costos asociados con dicha ampliación. Al respecto, el reconocido autor inglés Ian Duncan Wallace señala:

“in real life owners and their advisers very frequently dispute a contractor’s entitlement to an extension of time during the construction period, and press him to overcome previous delays, but finally at the end of the project concede the extension. Thus the contractor at the earlier stage is placed in a dilemma, and may take a wrong decision and incur loss. The question remains whether in those circumstances a remedy is available to him”.¹⁵

Por su parte, la Society of Construction Law señala lo siguiente en su Protocolo:

“Acceleration following failure by the Employer to recognise that the Contractor has encountered Employer Delay for which it is entitled to an EOT [extension of time] and which failure required the Contractor to accelerate its progress in order to complete the works by the prevailing contract completion date. This situation may be brought about by the Employer’s denial of a valid request for an EOT [extension of time] or by the Employer’s late granting of an EOT”.¹⁶

Como vemos, el “dilema de la aceleración” es una situación típica en la industria de la construcción. Esta problemática ha dado lugar a diversos casos en los que se ha reconocido los mayores costos de aceleración al contratista. Ello se logra básicamente de dos formas distintas, dependiendo las particularidades del caso y la jurisdicción aplicable al caso.

- i) Una alternativa es plantear el reclamo como una variación que si bien no fue ordenada por escrito o siguiendo la formalidad contractual, debe ser reconocida debido a las circunstancias en las que se dio la misma. Este planteamiento se enmarca en el desarrollo que tiene internacionalmente las “variaciones implícitas” o “inferidas”, lo que en inglés se denomina “constructive change orders”. En particular, en la doctrina desarrollada originalmente en los EE.UU. y posterior-

15. DUNCAN WALLACE Q. C., Ian. *Construction Contracts: Principles and Policies*. Londres: Sweet & Maxwell, 1996. p. 8-50.

16. SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW, *op. cit.*, p. 52.

mente reconocida en otros países, como Canadá, para lidiar con casos de aceleración, denominada “constructive acceleration” y que se puede traducir como “aceleración forzada” o “aceleración inferida”.

- ii) La otra alternativa, extendida en Inglaterra, Australia y otros países, es tratarlo como un incumplimiento de la obligación de colaboración del propietario, la cual se incumple al no conceder al contratista un derecho que le corresponde, y lo fuerza a realizar una aceleración de los trabajos como una medida para mitigar los daños y perjuicios que podrían sufrir ambas partes.

2.2.3.1 Orden de aceleración implícita o inferida, los casos de variaciones implícitas y la doctrina “constructive acceleration”

Hay una serie de situaciones en las que un acto u omisión por parte del propietario, aun cuando no se encuentre registrado como una variación formal del contrato, tiene el efecto de requerir que el contratista ejecute su prestación de una manera distinta a la pactada originalmente en el contrato. Inclusive, en algunos casos la variación inferida puede registrarse por escrito por el propietario precisamente con el propósito de señalar que no se trata de una variación. Como señala Pickavance:

“There are numerous examples of implied changes in English construction law where the word “constructive” is never used and indeed not pleaded. However, the essence of constructive change is an act or omission by D that, whilst not recorded as a formal variation of the contract, has the effect of requiring C to perform in a manner different from the terms of the contract. Constructive changes may be confirmed in writing and, in those circumstances, the confirmation tends to be described as “for information” or “for clarification only” or, “at no extra cost” or, and this seems to be a common practice between contractor and subcontractor, “to be valued in accordance with the contract”. Although the latter phrase seems innocuous enough, in practice it tends to mean that the instructing party: 1. instructs the work to be carried out; 2. refuses to agree to the valuation of it at the time; 3. does not think it is a variation of it at the time; 4. in the end, will attempt to value it at nil”.¹⁷

17. PICKAVANCE, Keith . *Delay and Disruption in Construction Contracts*. 3^{ra} ed. Londres: LLP, 2005. p. 442-443.

Michael Sergent y Max Wieliczko se refieren a este tema de manera general de la siguiente manera:

“Over the years, contractors have sought payment for additional work undertaken in the absence of a formal instruction. The courts have often been receptive because of a concern to avoid the potential unfairness arising where a contractor is pressured into undertaking work because otherwise the project would reach an impasse (..) various arguments (...) have been successfully raised by contractors in these circumstances, including:

- The parties may have agreed to a change to the scope of the works as a variation of the contract itself. The fact that there is a mechanism in the contract, allowing the employer unilaterally to order a variation, does not preclude the parties from agreeing to a change to the scope outside that procedure. The price for the change may not be agreed, in which case the contractor is likely to be due a reasonable sum.
- The employer may have acted so as to waive the requirement for a formal instruction to be issued in respect of variations under the contract. Approval in some form will still be required, but specific requirements such as written instructions may have been waived.
- The employer may be under an obligation to instruct a variation in certain limited circumstances. The contract may place an express duty on the employer. There is also judicial authority for the proposition that an arbitrator may open up a contract administrator’s decision to refuse an instruction.
- The additional work was undertaken outside of the parties’ contract and the contractor is entitled to be paid via that separate legal arrangement. The works may be undertaken under a separate collateral contract or may be undertaken in the absence of a contract, such that recovery on a restitutionary basis is permitted”.¹⁸

Los mismos autores, luego se refieren al desarrollo de este tema en los EE.UU. y señalan:

“In the US, the theory of “constructive change” has been developed to deal with the same problem, whereby the required written instruction has not been issued under the contract, but the contractor is under

18. SERGEANT, Michael y WIELICZKO, Max, *op. cit.*, p. 26.

pressure to implement the change anyway, because otherwise the project cannot proceed. The theory allows the US courts to find that an implied or constructive order for change had been given”.¹⁹

Específicamente con relación a casos de aceleración, la teoría legal de la “aceleración inferida” o “constructive acceleration” fue desarrollada en los EE.UU. para casos como los mencionados y goza de una amplia aceptación y uso en dicho país. La finalidad de la referida doctrina es inferir que el propietario ha dado una instrucción de acelerar los trabajos en casos en los que no hay una instrucción formal o una orden de cambio. En la Guía para Modificaciones y Reclamos del Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos (US Army Corps of Engineers) define “constructive acceleration” de la siguiente manera:

“An act of failure to act by [D] which does not recognize that [C] has encountered excusable delay for which he is entitled to an extension of time and which required [C] to accelerate his programme in order to complete the contract requirements by the existing contract completion date. This situation may be brought about by [D’s] denial of valid request for a contract time extension or by [D’s] untimely granting of a time extension”.²⁰

Cada contrato establece las obligaciones y responsabilidades de las partes con relación a la ejecución de los trabajos y la relación contractual. En situaciones en las que el propietario tiene una obligación que no cumpla adecuadamente, el contratista puede verse obligado a asumir una conducta sobre la base de derechos implícitos que se desprenden de la situación para continuar ejecutando los términos del contrato, sin importar que dicha actuación se encuentre fuera de lo que fue originalmente pactado por el contratista.

En el caso de la aceleración implícita, será necesario analizar los hechos particulares de cada caso. Por ejemplo, una solicitud, a diferencia de una instrucción, para acelerar los trabajos podría ser suficiente para ser considerada como una orden implícita de acelerar. En la mayoría de contratos EPC, el propietario tiene derecho a acelerar los trabajos del contratista cuando éste se encuentra retrasado por causas que le son atribuibles al propietario, pero asumiendo los costos de la misma.

Si un propietario instruye a un contratista para que termine antes de la fecha que corresponde contractualmente, dicha instrucción será exactamente la misma que una orden de variación emitida bajo la cláusula de cambios y por lo general

19. Ibid. p. 236.

20. Citado por Pickavance, *op. cit.*, p. 384.

no dará lugar a una controversia en la medida en que el propietario pague por los mayores costos. Sin embargo, cuando la aceleración resulta del hecho de que el propietario se niega a conceder una ampliación de plazo a la que tiene derecho el contratista o solo la concede parcialmente o se demora en emitirla e insiste en que se cumpla el plazo originalmente pactado, entonces será común que surja una controversia. Del mismo modo, la amenaza del propietario de imponer penalidades o resolver el contrato por incumplimiento del contratista debido a retrasos en la ejecución, a pesar de la existencia de causas justificadas, será considerado como una orden implícita de acelerar.

Si el propietario ignora una solicitud de ampliación de plazo, su silencio es el equivalente a una respuesta negativa, dado que al no extender el plazo contractual da el mensaje al contratista que el proyecto debe ser completado en el plazo original. Esta conclusión, más allá de otorgar un significado en sí mismo al silencio del propietario, lo que hace en realidad es analizar la situación que se presenta cuando el contratista debe cumplir un plazo que no puede ser alcanzado invirtiendo los recursos pactados originalmente y dicha situación se debe a razones que no le son imputables; lo que antes hemos llamado el “dilema de la aceleración.”

En el caso canadiense *Morrison-Knudsen Company Limited v. British Columbia Hydro and Power Authority*, la corte de apelaciones de Columbia Británica determinó que:

“As to compensation for the vast enlargement of the contractor’s burden by the accelerated programmes, we are driven to accept the argument (...) that the contract being undischarged, the contractor must seek his remedy under its terms”.²¹

En dicho caso, el propietario insistió en que el contratista complete los trabajos en el plazo originalmente convenido a pesar que había ocurrido demoras por las que el contratista no era responsable y tenía derecho a una ampliación de plazo.

2.2.3.2 Incumplimiento de la obligación de colaboración del propietario

En Reino Unido, Australia y otras jurisdicciones del Commonwealth, el tema es abordado desde una perspectiva diferente, pero que busca alcanzar el

21. (1991) 7 Const. L. J. 227, p. 241.

mismo resultado. Si bien no se reconoce la doctrina de la “aceleración inferida” con ese nombre, se puede tratar como un caso de incumplimiento contractual por parte del propietario que da derecho al contratista a que se le compense por los mayores costos incurridos.

En el caso australiano Perini²², el representante del propietario reiteradamente ignoró los pedidos de ampliación de plazo planteados por el contratista. Como resultado, el contratista aceleró para completar a tiempo. La Corte Suprema de Nueva Gales del Sur sentenció a favor del contratista. Este es un *leading case* australiano que es citado frecuentemente en el que la corte reconoció los mayores costos de aceleración aún cuando el propietario no había ordenado que se aceleren los trabajos. El comentario de Duncan Wallace sobre este caso fue:

“The case is of the greatest interest because the claim was based exclusively on the certifier’s breach – not on any substantive ground of delay for which the owner is responsible – followed by the contractor’s unilateral decision to accelerate”.²³

El contratista argumentó con éxito que eran obligaciones implícitas del propietario (i) no interferir con las responsabilidades del representante en su función de aprobación de ampliaciones de plazo, y (ii) asegurar que su representante realice adecuadamente su función de aprobación de ampliaciones de plazo, de manera oportuna y competente. La segunda obligación es la que causa mayor interés. Al respecto, el vocal de la Corte Suprema Macfarlane analizó el problema de la siguiente manera:

“I will assume that the certifier, with the knowledge of both parties to the agreement, acted in breach of his obligation. Could the [employer] in those circumstances say: ‘I will not do anything to ensure that he carries out these duties’? An application of the test stated in *The Moorcock* (1889) 14 P.B. 64 would require the answer that the [employer] was contractually bound to order him to carry out his duties. In my opinion the [contractor] and the [employer], are bound to do all co-operative acts necessary to bring about the contractual result. In the case of the [employer] this is an obligation to require the Director to act in accordance with his mandate if the [employer] is aware that he is proposing to act beyond it”.

22. (1969) 12 Build. L. R. 90.

23. DUNCAN WALLACE, *op. cit.*, p. 8-51. Esto implica que un “*substantive ground of delay*” sí daría derecho a un reclamo por aceleración válido.

En consecuencia, en situaciones en las que no se otorga una ampliación de plazo, el caso Perini sirve para sustentar que el contratista tiene derecho a que se le compense por los mayores costos de la aceleración en la medida en que se pueda demostrar que dichos mayores costos fueron causados por el incumplimiento de la obligación de cooperación del propietario. En la mayoría de los casos, será necesario que el contratista demuestre que los costos de aceleración fueron incurridos como una medida de mitigación de los daños y perjuicios que se podían generar como consecuencia del incumplimiento del propietario²⁴.

En el caso inglés *Motherwell Bridge Construction Limited and Micafil Vakuumtechnik*²⁵, el comitente, Micafil, se rehusó a conceder una ampliación de plazo al contratista, Motherwell, quien había incurrido en demoras justificadas. El contratista aceleró contratando trabajadores adicionales y trabajando jornadas nocturnas y reclamó los mayores costos incurridos. La corte determinó que Micafil se había rehusado a reconocer una ampliación de plazo que le correspondía a Motherwell y que como consecuencia el contratista había acelerado, lo cual derivó en que la corte reconociera al contratista los mayores costos incurridos.

Deber de cooperación

El deber de cooperación del propietario es una obligación implícita del propietario, según la cual el propietario debe brindar al contratista las facilidades y recursos necesarios para que el contratista pueda ejecutar sus prestaciones. El ejemplo más común es la obligación del propietario de permitir y facilitar el acceso del contratista al sitio de la obra y permitir que desarrolle los trabajos de manera continua y sin interrupciones. El deber de cooperación va más allá de la buena fe, pues requiere del propietario acciones concretas y un cierto nivel de diligencia.

En el ámbito de las variaciones, Michael Sergent y Max Wieliczko señalan:

“An employer has an implied duty to cooperate with the contractor and not to hinder it in the performance of its obligations. In terms of the positive duties that this may give rise to: ‘(...) where in a written contract it appears that both parties have agreed that something shall be done, which cannot effectually be done unless both concur in doing it, the

24. LANE, Nicholas, *op. cit.*, p. 6.

25. (2002) 81 Con LR 44; (220) CILL 1913 at 581-582.

construction of the contract is that each agrees to do all that is necessary to be done on his part for the carrying out of that thing, though there may be no express words to that effect' ".²⁶

En el derecho peruano el deber de cooperación se desprende del principio que establece que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, según lo establece el artículo 1362 del Código Civil peruano²⁷.

Deber de mitigación

El deber de mitigación es un principio fundamental tanto del propietario como del contratista, el cual es reconocido bajo el derecho peruano, los principales sistemas jurídicos y los usos y costumbres de la industria de la construcción.

El contratista tiene un deber general de mitigar los efectos que los riesgos del propietario tengan en sus trabajos, sin que ello requiera que el contratista incurra en costos o recursos adicionales o que trabaje horas extra, salvo que el propietario compense al contratista por tales actividades de mitigación. Adicionalmente, la obligación del contratista de ejecutar y avanzar con los trabajos de manera diligente podría requerir que el contratista tome ciertas acciones positivas²⁸.

Tal como lo señala el principio nº 13 del Protocolo:

“The Contractor has a general duty to mitigate the effect on its works of Employer Risk Events. Subject to express contract wording or agreement to the contrary, the duty to mitigate does not extend to requiring the Contractor to add extra resources or to work outside its planned working hours. The Contractor’s duty to mitigate its loss has two aspects – first, the Contractor must take reasonable steps to minimize its loss; and secondly, the Contractor must not take unreasonable steps that increase its loss.”

En el Perú, el deber de mitigación es un principio fundamental cuya manifestación se encuentra en algunos artículos del Código Civil tales como los artículos 1314 y 1327:

26. SERGEANT, Michael y WIELICZKO, Max, *op. cit.*, p. 193.

27. Artículo 1362 Código Civil peruano. “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

28. HAIDAR, Ali y BARNES, Peter. *Delay and Disruption in Construction: A practical approach*. Londres: ICE, 2011. p. 44-45.

“Artículo 1314. Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

“Artículo 1327. El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.”

2.2.3.3 Conclusión sobre reclamos por aceleración forzada o inferida en el Common Law

En resumen, ya sea que se trate estos reclamos como un incumplimiento contractual del propietario o como una variación forzada cuyas consecuencias deben ser asumidas por el propietario, el derecho inglés cuenta con elementos para alcanzar un resultado similar al alcanzado con la doctrina del “constructive acceleration” en los EE.UU. Como señala Lane:

“Constructive acceleration is not recognised in English law for the very good reason that English law is capable of dealing with similar factual situations (which might in the United States give rise to constructive acceleration) without inventing such a doctrine. For contractors constructive acceleration is a fact of life. In English courts, constructive acceleration will require careful analysis of the particular facts, but it will often be justiciable on ordinary principles of English law.”

A esa misma conclusión llega Pickavance:

“Whilst criticism of the terminology may be understandable, the fact remains that the claim for reparation as a result of enforced acceleration can be founded equally successfully on basic principles of contract law as on the US judiciary’s concept of constructive acceleration. This appears to be recognized by HUDSON where amongst discussion of the effect of a late extension of time the editor says: “...express refusal or continued failure to deal promptly with an extension of time application on the part of the [CA] as in all matters requiring certification, can absolve the party concerned from the necessity of obtaining the certificate or extensions as well as constituting a breach of contract sounding in damages”.²⁹

29. PICKAVANCE, *ibid.*, p. 391.

En adición a lo anterior, entre la alternativa de emplear la doctrina de *constructive acceleration* y tratarlo como un incumplimiento contractual, si bien la doctrina de “*constructive acceleration*” parece apartarse de los conceptos jurídicos tradicionales, está más cerca a reflejar una solución acorde con las necesidades comerciales de las partes en un proyecto de construcción. Como señala Pickavance:

“(...) it seems that the doctrine of constructive acceleration provides a more realistic formula for applying the terms of a contract to the demands of the site the conditions under which the construction industry is forced to work. All in all, it forces contractual interpretation to concentrate on the business efficacy of a commercial arrangement instead of relying on the courts’ ability to interpolate traditional doctrines of classical contract theory”.

1.2.3.4 América Latina y el Perú

En el Perú no habrá duda sobre el tratamiento de una aceleración instruida por el propietario, la cual deberá ser compensada por el propietario. Sin embargo, en aquellos casos en los que no está claro si el propietario aprobó la aceleración anticipadamente o no, podría dudarse sobre cómo resolver una controversia al respecto; por ejemplo, en los casos típicos antes descritos en los que un contratista se enfrenta con el “dilema de la aceleración”.

Hemos dicho que la aceleración efectuada por un contratista ante una situación en la cual el propietario se niega a concederle total o parcialmente una ampliación de plazo que le corresponde, o se demore en hacerlo, es el caso típico para el cual se desarrolló en los EE.UU. la doctrina del “*constructive acceleration*”. También hemos dicho que, en los sistemas legales más avanzados fuera de los EE.UU. estos casos se tratan como una “variación implícita” o como un incumplimiento del deber de cooperación del propietario que da lugar a que el contratista deba acelerar para cumplir con su deber de mitigar los daños y perjuicios que ambas partes pueden sufrir en dichas circunstancias.

El primer obstáculo con el que habrá que lidiar al tratar de aplicar en el Perú la doctrina del “*constructive acceleration*” y cualquier forma de “variación implícita”, será el texto expreso del artículo 1775 del Código Civil peruano el cual dice:

“El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente.”

Si bien la literalidad de la norma citada puede conducir a confusión, la formalidad escrita requerida es *ad-probationem* y no *ad-solemnitatem*. Sumado a ello, una aplicación razonable de los principios de buena fe, el deber de cooperación y el deber de mitigación debería conducirnos a una interpretación que dé cabida a la amplia variedad de situaciones que hemos desarrollado.

Finalmente, considero que una vez ejecutada la variación, incluyendo esquemas de aceleración de los trabajos, si se verifica que fue una variación que estaba fuera de los alcances del contrato original, sería más adecuado tratar dicha situación como una controversia relativa a una variación. Para ello, considero útil emplear la doctrina de las “variaciones inferidas” o “*constructive change*” pues refleja de mejor manera la realidad de la dinámica que se da en los proyectos de construcción, pero en caso dicha figura parezca forzada por temas formales, entonces quedaría aplicar los principios de buena fe, el deber de cooperación y el deber de mitigación, ante los cuales no cabe objeción.

1.3. Determinación de los costos de aceleración

En cuanto a la valorización de los mayores costos incurridos por la aceleración, ello puede efectuarse ya sea aplicando las tarifas o precios unitarios que incluye el mismo contrato, en caso sean aplicables y no hayan cambiado las circunstancias en las cuales se formularon, o se puede determinar el valor razonablemente incurrido; lo que se conoce como el “*contractual quantum meruit*”. Estas opciones son mencionadas por Lane de la siguiente manera:

“Some contracts may not provide an adequate mechanism for valuing the cost of acceleration: for example, where the contract provides for valuation on a schedule of rates the applicable rates for accelerated work may be greater. In such circumstances the contractor should claim for the accelerated work on the basis of a contractual quantum meruit, i.e. under the contract on the basis of the reasonable cost of the accelerated works. This must be distinguished from claims for restitutionary quantum meruit”.

El reconocimiento de los costos adicionales en que incurre un contratista con ocasión de una aceleración se da siguiendo los mismos criterios aplicables a una variación. El objetivo es que el contratista reciba una compensación que incluya un margen de utilidad. Los conceptos por los que se suele reclamar incluyen: 1) ineficiencia de mano de obra, 2) mayores costos de materiales, 3) costos de exceso de equipos, 4) supervisión, 5) costos y reclamos de subcontratistas y 6) gastos generales de la oficina principal.

Con respecto a la utilidad que se reconoce al contratista en estos reclamos, Cushman señala:

“Contractors are often entitled to recover profit and overhead on excess costs encountered as a result of acceleration. The concept for this recovery is often detailed in the change order or equitable adjustment provisions of the contract. This is based on the theory that, as a contractor deploys resources and incurs costs, it also incurs overhead to support those resources. Contractors are typically entitled to recover a fair profit for doing so”.³⁰

3. RECLAMOS POR DISRUPCIÓN

Los reclamos por disrupción se plantean sobre la base de eventos que impiden al contratista completar los trabajos en la manera en que los trabajos fueron ofertados. Algunos reclamos de disrupción por causas atribuibles al propietario pueden ser el resultado de, por ejemplo, una ingeniería incompleta o incorrecta, variaciones, falta de respuestas en el momento adecuado o la falta de aprobación de ingeniería en el momento adecuado. Por otro lado, algunos reclamos de disrupción por otras causas pueden ser el resultado de, por ejemplo, condiciones climatológicas o conflictos laborales.

La “disrupción” y sus alcances generales puede ser definidos de la siguiente manera:

“Disruption can be defined as any change in the method of performance or planned work sequence contemplated by the contractor at the time the job was bid that prevents the contractor from actually performing in that manner. In other words, disruption is a material alternation in the performance conditions that were expected at the time of bid from those actually encountered, resulting in increased difficulty and cost of performance (...) With respect to contract performance, disruption encompasses three general principles. First, when a contractor bids on a contract, it is entitled to schedule its performance in a series of efficient and economical operations, which each stage of performance dependent on or interrelated to other stages. Therefore, any disruption to one stage may have a potentially disruptive impact on the subsequent or related

30. CUSHMAN, Robert F. y otros, *op cit.*, p. 134.

stages. Second, parties to a contract are expected to cooperate with one another and not hinder each other's performance. A contractor plans to perform its work in a certain manner and sequence, and the owner has an implied duty not to hinder, interfere, or disrupt the contractor's planned performance. Third, when a contractor plans its contract performance, it must do so reasonably. A contractor may not make unrealistic assumptions about contract performance. For example, a contractor cannot make a valid disruption claim if it has assumed that it would have sole access to the site when the contract documents indicated that other contractors would be simultaneously onsite".³¹

Por su parte, el principio 21 del Protocolo define "disrupción" de la siguiente manera³²:

"Disruption (as distinct from delay) is disturbance, hindrance or interruption to a Contractor's normal working methods, resulting in lower efficiency. If caused by the Employer, it may give rise to a right to compensation either under the contract or as a breach of contract".

En la misma línea, en Keating se señala:

"Disruption occurs where there is disturbance of the contractor's regular and economic progress and/or delay to a non-critical activity even though, on occasion, there is no or only a small ultimate delay in completion. The delaying effect can often be small because the works affected are not on the critical path to completion of the project or because the contractor is able to overcome the disruption through the application of additional resources. Typical causes of disruption are variations to the works, late instructions, out of sequence working, work area congestion, work area access restrictions, inadequate material deliveries, inadequate skill mix of labour, insufficient supervision, loss of morale, or reworking of modifications. As many of these disruptive effects may also be symptomatic of poor project management by the contractor, separating out the different causes is crucial."³³

31. CUSHMAN, Robert F. y otros, *op. cit.*, p. 69.

32. Society of Construction Law, *op. cit.*, p. 9.

33. FURST, Stephen y RAMSEY, Vivian, *op. cit.*, p. 300.

3.1. Diferencias entre un reclamo por demoras y uno por interrupción

Un evento de demora está relacionado con una demora en el cumplimiento del plazo fijado para completar la obra, mientras que un evento de interrupción está relacionado con un cambio en las condiciones o tiempo planificado de ciertas actividades, lo cual puede o puede no afectar el plazo para la culminación de la obra. Sin embargo, en algunos casos, ciertos eventos pueden implicar tanto una interrupción como una demora.

El hecho que en un reclamo por interrupción no se requiera demostrar que el plazo para culminar la obra ha sido afectado fue puesto de manifiesto en los casos estadounidenses *L. A. Contracting v. Southern Concrete Service, Inc.*³⁴ y *Sauer, Inc. v. Danzing*³⁵.

Por otro lado, la diferencia más significativa entre un reclamo por demoras y uno por interrupción está en el tipo de daños que el contratista buscará reclamar. Los reclamos por demoras necesariamente implican que el tiempo de culminación del proyecto sea ampliado e implican, por ejemplo, daños por gastos de oficina principal y oficina en campo, alquiler de equipos y costos financieros. Los reclamos por interrupción, en cambio, pueden no implicar una alternación de la fecha de culminación, pero pueden implicar mayor cantidad de mano de obra o ineficiencias debido a los efectos de trabajar horas extras, tiempo de espera de ciertos trabajadores especializados, ruptura de la secuencia constructiva o la instalación en campo de materiales que debieron ser completados fuera del lugar de construcción. En consecuencia, mientras que tanto los reclamos por demoras como los de interrupción pueden estar fundamentados en la interferencia del propietario, los daños sufridos por el contratista pueden ser diferentes.

3.2. Eventos compensables y eventos no compensables

Los eventos de interrupción pueden ser clasificados en dos grandes grupos: a) eventos justificados o compensables y b) eventos no justificados o no compensables; según sea el contratista o el propietario quien tenga la responsabilidad contractual respecto de las consecuencias financieras del respectivo evento que genera interrupción.

Eventos justificados o compensables

En general, un contratista tiene dos formas de sustentar un reclamo por mayores costos causados por un evento de interrupción: a) reclamar bajo los térmi-

34. 17 F. 3d 106 (5th Cir. 1994).

35. N. 99-1206, 2000 U. S. App. LEXIS 17449 (Fed. Cir. July 20, 2000).

nos específicos del contrato, o b) reclamar sobre la base de principios generales del derecho aplicable a los contratos y el Código Civil.

Los contratos suelen prever situaciones en las cuales el contratista tiene derecho a ser compensado por eventos de disrupción. Por ejemplo, los contratos suelen tener una cláusula de variaciones. Si bien la cláusula de variaciones es usada típicamente para casos en los cuales se efectúa cambios a los trabajos, también puede ser usada para reconocer costos adicionales generados por disrupción.

Por ejemplo, en el caso estadounidense *Pan-Artic Corp.*³⁶, el propietario contrató a Pan-Artic para que realice ciertos trabajos inmediatamente después de culminar unos trabajos previos bajo otro contrato. Sin embargo, el propietario se demoró en ordenar al contratista que comience a ejecutar el nuevo contrato, lo cual generó que Pan-Artic no pudiera aprovechar la mano de obra que tenía en exceso en el otro contrato al momento de celebrar el segundo contrato, lo cual incrementó el costo de ejecutar los trabajos. A pesar que en este caso no se variaron los trabajos, se le reconoció al contratista sus costos adicionales por la demora del propietario en emitir la orden de proceder con los trabajos.

De manera similar, en el caso estadounidense *Hudson Contracting Inc.*³⁷, se reconoció al contratista los costos adicionales en los que incurrió como consecuencia de una ceremonia de celebración. Si bien el evento no generó una variación en los trabajos encomendados, sí generó costos relacionados con la variación en el cronograma y la reubicación de trabajadores.

Otros eventos de disrupción que generalmente son compensables bajo la cláusula de variaciones u otras cláusulas contractuales son los cambios en la ingeniería o en las especificaciones, condiciones no previstas del sitio de trabajo y suspensiones de los trabajos por parte del propietario.

Cuando el propietario se niega a compensar al contratista por eventos de disrupción conforme a la cláusula de variaciones u otras cláusulas contractuales, el contratista podría tener derecho a ser compensado por sus mayores costos alegando que el propietario ha incumplido una obligación contractual expresa o implícita respecto de la cual la ejecución de los trabajos por el contratista dependía. Por ejemplo, una obligación expresa sería una cláusula en la que se indica que el propietario está obligado a facilitar al contratista el acceso al sitio de trabajo en una fecha determinada. De la misma manera, una cláusula que requiera que el contratista comience los trabajos en una fecha determinada puede

36. ASBCA n. 20133, 77-1 B.C.A. (CCH) | 12,514 (1977).

37. ASBCA n. 41023, 94-1 B.C.A. (CCH) | 26,466 (1993).

ser interpretada en el sentido que el propietario deberá facilitar el acceso al lugar de trabajo antes de dicha fecha. En caso el propietario no cumpla con facilitar el acceso en dicha fecha, el contratista tendrá derecho a reclamar al propietario por incumplimiento contractual.

En adición a la interpretación de los derechos de las partes según las cláusulas expresas de un contrato, las cortes y tribunales suelen complementar los derechos expresos con derechos y obligaciones implícitas. Por ejemplo, una obligación que frecuentemente es implícita es el deber de no interferir con la ejecución contractual de la otra parte, tal como se expresó en el caso estadounidense *Peter Kiewit Son's Co. v. Summit Constr. Co.*³⁸:

“[There is] an implied provision of every contract (...) that neither party to the contract will do anything to prevent performance thereof by the other party or commit any act that will hinder or delay performance”.

Muchos casos estadounidenses describen esta obligación implícita y establecen ejemplos de actos que constituyen una interferencia con la ejecución contractual de la otra parte. En el caso de interferencias con los trabajos del contratista, tenemos por ejemplo: el incumplimiento del propietario en proveer acceso al sitio de trabajo al contratista cuando ello estaba dentro de su alcance y control, el incumplimiento del propietario de proveer materiales, personal o información en el tiempo debido, el incumplimiento del propietario en permitir el acceso de un contratista al sitio de trabajo, y la limitación de las condiciones de acceso al sitio de trabajo.

Otro deber implícito que puede dar lugar a un reclamo por interrupción es el deber de planificar y coordinar el trabajo. Por ejemplo, si el propietario favorece un contratista sobre otro o permite que un contratista trabaje en un área donde a otro le corresponde trabajar, podría dar lugar a un reclamo por los costos adicionales generados a un contratista por no haber coordinado adecuadamente el trabajo.

Eventos no justificados o no compensables

La mera ocurrencia de una interrupción a los trabajos planificados del contratista no le da derecho automáticamente a ser compensado. Un ejemplo obvio es aquel en el cual el contratista encuentra condiciones de suelo que debió prever en virtud a las especificaciones técnicas o el hecho que deba trabajar en coordinación con otro contratista y ello le fue informado oportunamente al momento de celebrar el contrato.

38. 422 F.2d 242 (8th Cir. 1969)

En tales casos, el contratista no tendrá derecho a ser compensado, pues se trata de eventos previsibles o que debió prever sobre la base de los documentos contractuales. En otras palabras, este tipo de disrupciones no son compensables porque el contratista debió razonablemente considerarlos al planificar los trabajos.

En este tipo de eventos no compensables se encuentran aquellos casos causados por las propias acciones del contratista, tales como una planificación inadecuada, una procura inadecuada de los materiales de construcción o el incumplimiento de un subcontratista o proveedor.

También son eventos no compensables aquellos que hayan sido expresamente excluidos contractualmente. En el contrato puede pactarse una distribución de riesgos específica en la que inclusive se le asigne a una de las partes un riesgo que está fuera de su control. En tales casos, la parte que asume el riesgo debe preverlo y tomar las medidas que razonablemente correspondan, tales como considerar holguras adicionales en su cronograma o partidas de contingencia (las cuales incrementarán el precio contractual) para asumir costos adicionales en caso se materialice un determinado riesgo. En algunos casos, se puede compartir el riesgo, como por ejemplo si las partes acuerdan que en caso ocurra un evento de fuerza mayor o se encuentre restos arqueológicos el contratista tendrá derecho a una ampliación de plazo, si es necesario, pero no al reconocimiento de costos.

Los eventos no justificados son aquellos por los que el contratista es responsable y por lo tanto no le corresponde una compensación económica y, en algunos casos, tampoco una ampliación de plazo. En tales casos, el contratista asume el riesgo de no llegar a completar la obra a tiempo e incurrir en penalidades por demora o indemnizar al propietario, de ser el caso, y/o el riesgo de incurrir en mayores costos en la ejecución de los trabajos, lo cual reduce su utilidad.

3.3. Efectos de los eventos de disrupción

El impacto de un evento de disrupción en los trabajos del contratista generalmente genera una pérdida de eficiencia y una pérdida del ritmo de los trabajos ocurre de manera casi inevitable. La pérdida de productividad es un resultado clásico de la disrupción, debido a que se requerirá más horas de mano de obra y equipos para realizar el mismo trabajo.

Para ilustrar este punto, consideremos el caso de una tubería subterránea no considerada en los planos provistos por el propietario, en un caso en el cual el propietario es responsable de la exactitud de dicha información. Imaginemos que una cuadrilla de obreros se encuentra realizando excavaciones para tender una tubería y no prevén que deberán tener cuidado con la tubería existente. Dicha

cuadrilla tiene un ritmo de avance previsto, considerando el número de obreros y los equipos disponibles, de, por ejemplo, 90 metros al día. Sin embargo, al encontrar la tubería no considerada, deben usar menos equipos para no dañar la tubería existente y replantear el trazo de la nueva tubería para que no interfiera con la otra; como resultado, el ritmo de avance de la cuadrilla decrece a 30 metros por día, consumiendo mayores recursos que los planificados para dicha tarea.

La interrupción de los trabajos tiene un efecto profundo en la curva de aprendizaje del personal del contratista en una obra y como consecuencia en los presupuestos de productividad asumidos por el contratista al preparar su oferta. Conforme los obreros realizan una tarea de manera repetitiva se vuelven más eficientes y coordinan mejor el trabajo. Cuando ocurre una interrupción de los trabajos los efectos de la curva de aprendizaje se reduce o se pierde, lo cual genera al contratista costos de ejecución adicionales más allá de los obvios costos que genera una demora³⁹.

En el caso estadounidense *Paccon, Inc.*⁴⁰, un contratista sufrió una suspensión por parte del propietario, la cual afectó los trabajos que realizaban sus trabajadores, los cuales eran especializados en realizar una sola tarea repetitiva de manera altamente eficiente. Dicha suspensión forzó al contratista a entrenar a sus trabajadores para que realicen otras tareas que no hubieran realizado, sólo con el propósito de mantener el ritmo de avance y mitigar el impacto de la suspensión. Como consecuencia, el contratista fue privado del incremento en eficiencia que esperaba como resultado natural del uso de personal especializado que repite una misma tarea de manera continua.

También puede ocurrir una interrupción cuando los trabajadores de una disciplina (por ejemplo, soldadores, carpinteros, etc.) deben realizar sus trabajos sin seguir la secuencia usual o lógica. En el caso estadounidense *Bat Masonry v. Pike-Paschen Joint Venture III*⁴¹, el contratista principal se retrasó significativamente del cronograma y forzó al contratista de albañilería a instalar paredes exteriores en los meses de invierno, en vez de hacerlo en los meses más cálidos como estaba originalmente planeado. Para sustentar los efectos del cambio en la secuencia constructiva, el subcontratista demostró que el trabajo de albañilería en invierno era menos eficiente que en otras temporadas. Adicionalmente, el trabajo de albañilería se pudo hacer sólo por partes, contrariamente tanto a los términos expresos e implícitos del contrato. Como resultado, la corte determinó

39. CUSHMAN, Robert F. y otros, *op. cit.*, p. 76-79.

40. ASBCA n° 7890, 65-2 B.C.A. (CCH) | 4,996 (1965).

41. 842 F. Supp. 174 (D. Md. 1993).

que los costos incurridos fueron superiores a los que hubiera razonablemente asumido el subcontratista si se hubiera ejecutado los trabajos en el tiempo previsto y reconoció al subcontratista sus mayores costos.

Una disrupción también puede generar mayores costos de desmovilización y re movilización, generando costos de parar y volver a reanudar los trabajos. Por lo general, una vez que un grupo de trabajadores empieza a realizar una actividad, no para hasta completarla. Sin embargo, el contratista podría tener que parar y reanudar trabajos en caso sufra actos de disrupción. En adición, la disrupción también puede incrementar algunos costos relacionados con las condiciones para realizar los trabajos, tales como, por ejemplo, mover andamios.

Otro tipo de costos adicionales pueden ser generados por la disrupción que puede generar el exceso de personal o contratistas en la obra. Esto puede resultar de una organización indebida del trabajo por parte del propietario, instrucciones indebidas o intentos de acelerar los trabajos cuando los mismos están retrasados; por ejemplo requiriendo que trabajadores de distintas especialidades (tales como soldadores y carpinteros) laboren al mismo tiempo en espacios confinados. El espacio requerido para trabajar eficientemente se reduce en estas situaciones y esto suele generar una menor productividad para todos los trabajadores involucrados.

Cuando el propietario es responsable de habilitar ciertas zonas para que el contratista realice trabajos, también pueden darse casos de disrupción. Por ejemplo, cuando el propietario es responsable de nivelar el terreno o remover interferencias de servicios públicos que pasan por el lugar de trabajo de manera previa a los trabajos del contratista. En el caso estadounidense *Time Contractors, JV*.⁴², el contratista encargado de construir un puente sufrió demoras por la lenta e ineficiente labor de la compañía de teléfonos, la cual se demoró en reubicar una línea de teléfono que atravesaba el proyecto. Se le reconoció al contratista sus costos adicionales.

3.4. Naturaleza de los daños por disrupción

Los costos de construcción están típicamente agrupados, en el caso de reclamos, en costos relacionados con el tiempo y costos relacionados con las actividades específicas involucradas. Los costos relacionados con el tiempo están típicamente relacionados con los reclamos por demoras. En cambio, en un reclamo por disrupción lo típico será que el contratista incurra en costos relacionados con las actividades afectadas, tales como costos de mano de obra

42. DOT BAC n^{os} 1669, 1691, 87-1 B.C.A. (CCH) | 19,582 (1987).

directa y costos laborales, incremento en el uso de materiales, equipo y costos de supervisión directamente asociados. Los costos asociados con las actividades que se relacionan con casos de disrupción por lo general están agrupados en dos categorías: 1) el costo incremental directo asociado con un alcance de trabajos adicional o tareas requeridas con ocasión de la disrupción sufrida, y 2) los costos asociados con la pérdida de eficiencia en la ejecución del alcance de los trabajos originalmente contratados.⁴³

Por ejemplo, imaginemos que un contratista está a cargo de instalar una serie de pilotes para que sirvan de cimiento para una loza sobre la cual se erigirá una planta de procesamiento de mineral. El estudio geotécnico fue realizado por el propietario y el propietario ha indicado al contratista de cimientos cómo deben ser los cimientos que instalará. Los trabajos se pagarán en función a precios unitarios según la cantidad de estructura de acero y de cemento que se utilice. El contratista planifica su trabajo y empieza a tiempo para que el contratista encargado de construir la loza empiece tan pronto termine de colocar los cimientos. Sin embargo, en una zona el contratista encuentra condiciones geotécnicas distintas a las indicadas en las especificaciones del propietario, razón por la cual no puede continuar con la instalación de los cimientos en esa zona. El propietario le indica que mientras sus ingenieros rediseñan los cimientos de la zona afectada, el personal del contratista debe reorganizar sus actividades y trabajar en zonas donde no hay problemas. Una vez que el propietario tiene la nueva ingeniería, el contratista moviliza una cuadrilla adicional para completar los trabajos adicionales generados por la nueva ingeniería y emplea a los trabajadores originalmente previstos para terminar el resto del trabajo original. El contratista añade trabajo extra durante el fin de semana a tarifas aplicables para sobretiempo para poder completar los trabajos a tiempo. Los trabajos se terminan a tiempo, el alcance es el original y las cantidades son las previstas, así que parecería que no hace falta renegociar los precios por las cantidades. Sin embargo, el contratista ha sufrido daños por las condiciones geotécnicas imprevistas, las especificaciones defectuosas y la ruptura de la secuencia constructiva. En este caso, los daños que habría sufrido podrían incluir los mayores costos por: 1) costo mano de obra y equipos adicionales por movilizar una cuadrilla adicional, 2) costo por trabajar horas extra, 3) costo de material adicional del acero instalado en los pilotes rediseñados, 4) costo adicional por el tiempo del ingeniero de proyectos que coordinó el rediseño de los pilotes, 5) costo adicional de supervisión del jefe de construcción, gerente legal y otros en la oficina principal.

43. CUSHMAN, Robert F. y otros, *op. cit.*, p. 79-80.

En adición a lo anterior, el contratista con toda seguridad debe haber sufrido una pérdida de eficiencia en la ejecución del alcance original debido a la interrupción de la secuencia constructiva. Finalmente, el contratista podría pretender recuperar los gastos generales en los que incurrió para acelerar los trabajos y la utilidad relativa a dichos costos como compensación por la utilidad que hubiera sido incluida en la oferta original en caso que hubiera sabido desde el inicio que todo esto sucedería.

4. CONCLUSIONES

4.1. Si bien los reclamos por demora, aceleración y disrupción tienen muchas similitudes, cada uno tiene sus propios elementos característicos que deben ser tenidos en cuenta. Estos tres tipos de reclamos tienen en común que alteran la cantidad y/o calidad de recursos que el contratista debe invertir para realizar los trabajos contratados y por ello son fuente de controversias en las que se discute quién debe asumir dichos mayores costos. Adicionalmente, en el caso de los reclamos por demoras y los reclamos por disrupción, un punto de controversia será si el contratista tiene derecho a un mayor plazo para cumplir con culminar los trabajos.

Es esencial entender que al momento que el contratista prepara su oferta y cuando se firma el contrato, el contratista asume que podrá realizar los trabajos sin demoras ni disrupciones y en el plazo pactado. Ello es un principio fundamental, pues de lo contrario debería contemplar en su precio una serie de contingencias que podrían o no materializarse, pero que de todos modos trasladaría al propietario. En tal sentido, si el plazo de culminación es diferido, o reducido, el contratista incurrirá casi indefectiblemente en mayores costos relacionados con el tiempo de ejecución; por ejemplo, costos de mano de obra, supervisión, gastos generales como consumo de energía, soporte de la oficina principal, etc. También podría sufrir un incremento de costos debido a la ruptura de la secuencia constructiva, el incremento de los costos laborales u otros tipos de mayores costos.

4.2. En el caso de los reclamos por demoras, no bastará que el contratista pruebe que el plazo contractual fue diferido; sino que deberá probar que las razones por las cuales ello ocurrió son causas justificadas que le dan derecho a una ampliación del plazo que se le concedió para terminar la obra y, de ser el caso, al reconocimiento de los mayores costos incurridos.

4.3. Los reclamos por aceleración tienen sus propias características. El interés del propietario en que se culmine el proyecto dentro de un determinado tiempo puede ser mayor o menor, dependiendo de si espera recibir ingresos

adicionales como producto de la obra que se está construyendo o si tiene algún otro motivo en especial. Inclusive, algunas veces el propietario puede estar más interesado en el plazo que en el costo o en la calidad del proyecto. Por su parte, el contratista también cuenta con el plazo contractual pues ha planificado sus recursos y calculado su utilidad sobre esa base.

Es por lo anterior que puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que los trabajos del contratista son acelerados para que sean culminados antes de la fecha esperada o para remontar retrasos y lograr culminar en la fecha originalmente pactada o en una fecha no tan retrasada.

Si entendemos que en la industria de la construcción, la “aceleración” se da cuando un contratista invierte mayores recursos para ejecutar los trabajos más rápido de lo planificado, entonces debemos tratarla, como regla general, como una variación o un adicional y aplicarle por ende los principios que rigen las variaciones. En tal sentido, no habría duda sobre cómo tratar una aceleración expresamente requerida por el propietario, pues en tales casos las partes se pondrían de acuerdo sobre las implicancias en precio y plazo. Algo similar sucedería en una “aceleración voluntaria”, pues el contratista implementaría la aceleración por interés propio, frente a lo cual el propietario no asume ninguna responsabilidad.

La discusión se origina en los casos en los cuales las partes no están de acuerdo sobre si el esquema de aceleración está incluido en el alcance y precio original. Es decir, si el contratista al momento de contratar asumió la responsabilidad de acelerar en la situación determinada. Dicho campo de controversias incluye aquellas generadas en situaciones en las que el propietario se niega a reconocer al contratista una ampliación de plazo que le corresponde y al mismo tiempo lo presiona para que acelere los trabajos y el contratista debe decidir si acelerar a pesar de que el propietario se niega a reconocerle los costos de aceleración o confiar en que tiene derecho a una ampliación de plazo y por tanto no debe temer a la imposición de penalidades por demora o a una eventual resolución del contrato por incumplimiento; situación que se conoce como el “dilema de la aceleración”.

El “dilema de la aceleración” es una situación típica en la industria de la construcción. Esta problemática ha dado lugar a diversos casos en los que se ha reconocido los mayores costos de aceleración al contratista. Ello se logra básicamente de dos formas distintas, dependiendo las particularidades del caso y la jurisdicción aplicable al caso: i) una alternativa es plantear el reclamo como una variación que si bien no fue ordenada por escrito o siguiendo la formalidad contractual, debe ser reconocida debido a las circunstancias en las que se dio la

misma. Este planteamiento se enmarca en el desarrollo que tiene internacionalmente las “variaciones implícitas” o “inferidas”, lo que en inglés se denomina “*constructive change orders*”. En particular, en la doctrina desarrollada originalmente en los EE.UU. y posteriormente reconocida en otros países, como Canadá, para lidiar con casos de aceleración, denominada “*constructive acceleration*” y que se puede traducir como “aceleración forzada” o “aceleración inferida”, y ii) la otra alternativa, extendida en Inglaterra, Australia y otros países, es tratarlo como un incumplimiento de la obligación de colaboración del propietario, la cual se incumple al no conceder al contratista un derecho que le corresponde, y lo fuerza a realizar una aceleración de los trabajos como una medida para mitigar los daños y perjuicios que podrían sufrir ambas partes.

4.4. Los reclamos por disrupción se plantean sobre la base de eventos que impiden al contratista completar los trabajos en la manera en que los trabajos fueron ofertados. Algunos reclamos de disrupción por causas atribuibles al propietario pueden ser el resultado de, por ejemplo, una ingeniería incompleta o incorrecta, variaciones, falta de respuestas en el momento adecuado o la falta de aprobación de ingeniería en el momento adecuado. Por otro lado, algunos reclamos de disrupción por otras causas pueden ser el resultado de, por ejemplo, condiciones climatológicas o conflictos laborales.

Por otro lado, la diferencia más significativa entre un reclamo por demoras y uno por disrupción está en el tipo de daños que el contratista buscará reclamar. Los reclamos por demoras necesariamente implican que el tiempo de culminación del proyecto sea ampliado e implican, por ejemplo, daños por gastos de oficina principal y oficina en campo, alquiler de equipos y costos financieros. Los reclamos por disrupción, en cambio, pueden no implicar una alternación de la fecha de culminación, pero pueden implicar mayor cantidad de mano de obra o ineficiencias debido a los efectos de trabajar horas extras, tiempo de espera de ciertos trabajadores especializados, ruptura de la secuencia constructiva o la instalación en campo de materiales que debieron ser completados fuera del lugar de construcción. En consecuencia, mientras que tanto los reclamos por demoras como los de disrupción pueden estar fundamentados en la interferencia del propietario, los daños sufridos por el contratista por lo general son diferentes.

Los eventos de disrupción pueden ser clasificados en dos grandes grupos: a) eventos justificados o compensables y b) eventos no justificados o no compensables; según si es el contratista o el propietario quien tiene la responsabilidad contractual respecto de las consecuencias financieras del respectivo evento que genera disrupción.