



GARRIGUES

Informe especial

Errores recurrentes y oportunidades de mejora en el arbitraje de contratos FIDIC: El rigor de las notificaciones y el cumplimiento de los plazos contractuales



INFORME ESPECIAL

ERRORES RECURRENTE Y OPORTUNIDADES DE MEJORA EN EL ARBITRAJE DE CONTRATOS FIDIC: EL RIGOR DE LAS NOTIFICACIONES Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS CONTRACTUALES


**MELISSA
NÚÑEZ**

**JOSÉ
VERA**

**ADRIANA
ROMERO**

Garrigues - Equipo de prevención y solución disputas en infraestructura y construcción

La ejecución de grandes proyectos de infraestructura (plantas de energía, carreteras, terminales portuarios, redes ferroviarias, etc.) se caracteriza por la necesidad de una estrecha y compleja cooperación entre los agentes involucrados (propietarios, contratistas, subcontratistas, consultores y proveedores), la alta exposición financiera y el importante componente técnico en los contratos. De ahí que los contratos estandarizados, como los de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) se hayan consolidado como una herramienta que simplifica la negociación y facilita el cierre.





Sin embargo, dada la sofisticación de sus términos y su lógica altamente estructurada (con un marco predefinido de derechos, obligaciones y reglas sobre la asignación de riesgos), la ausencia de una administración contractual eficiente puede dar lugar a disputas legales.

En el caso de los modelos FIDIC, existe jurisprudencia arbitral que muestra que, de un lado, se pueden dar lecturas flexibles al contrato cuando se trata de entender el contexto de la obra; y, de otro lado, adoptar posiciones más rígidas al identificar las consecuencias contractuales de las acciones u omisiones de las partes.

Se ha entendido que la redacción de las reglas sobre notificaciones en los modelos FIDIC presentan estas últimas no como simples formalidades administrativas sino como mecanismos esenciales para preservar derechos, permitir la gestión contemporánea de los asuntos controvertidos y evitar así que los conflictos se acumulen o escalen. El contratista está obligado a notificar al ingeniero sobre cualquier evento o circunstancia que pueda dar derecho a una extensión de tiempo o pago adicional, y esa notificación debe realizarse “tan pronto como sea practicable, y no más tarde de 28 días después de que el contratista tuvo conocimiento, o debió haber tenido conocimiento, del hecho generador”.



Caso clave: Uniform Building Contractors Ltd v. WASA

Una lección relevante sobre la interpretación de esa regla proviene del caso *Uniform Building Contractors Ltd v. Water and Sewerage Authority (WASA)*, resuelto por el *Judicial Committee of the Privy Council* de Reino Unido este año. La controversia surgió durante la ejecución de un proyecto de diseño y construcción de tuberías basado en el Libro Amarillo FIDIC 1999. En ese contrato a suma alzada, el contratista reclamó pagos adicionales por trabajos fuera del alcance originalmente previsto (remoción de material de relleno y trabajos nocturnos), sosteniendo que eran “variaciones” instruidas verbalmente en el sitio por el ingeniero y que la conducta de las partes sugería que las formalidades de notificación habían sido tácitamente dispensadas.

El Comité concluyó que dichos trabajos, en realidad, se encontraban comprendidos dentro del alcance originalmente pactado. Sin perjuicio de ello, el aspecto más interesante del pronunciamiento consistió en reconocer que, aun si se hubiese tratado efectivamente de variaciones, el contratista no habría tenido derecho a percibir pago adicional, pues jamás activó ninguno de los mecanismos contractuales que habrían estado “destinados a preservar ese derecho”.

Ocurre que el ingeniero había impartido instrucciones verbales para ejecutar determinadas actividades y el contratista las llevó a cabo. Para el Comité el problema no radicaba necesariamente en el carácter verbal de tales instrucciones, pues reconoció que, en la práctica de la construcción, ese tipo de comunicaciones son frecuentes y pueden producir efectos vinculantes. El Comité puso más bien en el centro de la disputa el hecho de que el contratista ejecutara los trabajos adicionales sin adoptar luego ninguna de las medidas que el propio contrato ponía a su disposición “para proteger” su eventual derecho a una compensación.



Según el Comité, tratándose de una supuesta variación, el ingeniero debía efectuar la determinación correspondiente respecto del ajuste económico. No obstante, al no hacerlo, el contratista tampoco exigió el cumplimiento de ese procedimiento, pudiendo recurrir al mecanismo previsto en la subcláusula 20.1, referido a la correspondiente notice of claim. Dicha disposición establece que, si el contratista considera que tiene derecho a un pago adicional, debe notificarlo dentro de los 28 días siguientes a aquel en que tomó conocimiento —o debió haber tomado conocimiento— del evento generador. En caso contrario, “el Contratista no tendrá derecho a pago adicional y el Empleador quedará liberado de toda responsabilidad”.

A juicio del Comité, esa cláusula opera como una suerte de “condición precedente”, enfatizando que el objetivo del mecanismo contractual es incentivar que los eventos sean evaluados contemporáneamente mientras la evidencia aún está disponible y el impacto del evento puede mitigarse. Por lo demás, la decisión transmite una idea de especial relevancia práctica: la carga de preservar el derecho económico recae sobre quien pretende hacerlo valer. Si el contratista desea obtener una compensación adicional, debe actuar diligentemente para proteger ese interés, incluso cuando el ingeniero no impulse los procedimientos previstos o cuando la dinámica colaborativa de la obra genere la impresión de que las formalidades pueden dejarse de lado.

Esa forma de entender las reglas FIDIC no se ve afectada por el hecho de que el ingeniero haya aprobado informalmente la ejecución de los trabajos o haya aceptado “saltarse” el procedimiento. El ingeniero actúa como administrador del contrato y no tiene facultades para modificar los pactos ni para dispensar el cumplimiento de las condiciones contractuales. Cualquier promesa en ese sentido no surte efectos.

Se aprecia con frecuencia que los equipos técnicos asumen que las conversaciones de campo, las instrucciones verbales o incluso la aprobación informal del supervisor son suficientes para preservar un reclamo. La jurisprudencia arbitral en casos FIDIC demostraría lo contrario, y esto es especialmente relevante en proyectos donde las variaciones técnicas suelen ejecutarse con urgencia, pues los contratistas continúan trabajando confiados en que el reconocimiento técnico posterior bastará para exigir costos adicionales.



La experiencia como abogados encargados de la prevención y defensa de disputas relativas a contratos de construcción, nos permite sugerir tres medidas simples y directas:



Medida 1

En primer lugar, estructurar sistemas de administración contractual con mecanismos automatizados de control de hitos. El no contar con este tipo de herramientas puede llevar a que los equipos legales tomen conocimiento de eventos críticos mucho después de ocurridos y, cuando ello sucede, hay exposición a contra argumentos como la expiración de los reclamos.



Medida 2

En segundo lugar, todo evento potencialmente generador de un reclamo debe ser registrado, evaluado y notificado de inmediato, aun cuando el impacto económico final no pueda cuantificarse con precisión. La lógica FIDIC favorece la notificación temprana con el objetivo de alertar formalmente sobre la existencia de un evento susceptible de generar consecuencias contractuales, sin necesidad de esperar a tener cálculos completos (una cosa es la notificación inicial y otra la reclamación detallada posterior).



Medida 3

Por último, es vital la capacitación de los equipos técnicos y de obra respecto de las implicancias del seguimiento formal de las notificaciones. La evidencia contemporánea que sustenta el reclamo nace precisamente en el frente de obra: cuadernos de obra, reportes de avance, fotografías, secuencias constructivas y comunicaciones técnicas. Sin coordinación temprana entre ingeniería y gestión contractual, la reclamación podría fracasar.

No es infrecuente que los arbitrajes se pierdan no por falta de mérito técnico, sino por incumplimientos aparentemente menores en materia procedimental. La diferencia entre un reclamo exitoso y uno rechazado puede depender de una carta enviada –o no enviada– dentro del plazo correcto.