



NOVIEMBRE 2018

¿QUÉ TIPO DE RECLAMOS PUEDEN PRESENTARSE EN CONSTRUCCIÓN?

Primera parte



Carlos Martínez Paredes
MLK MANAGEMENT LEGAL & KPITAL

¿QUÉ TIPO DE RECLAMOS PUEDEN PRESENTARSE EN CONSTRUCCIÓN?¹

Primera parte

CARLOS MARTÍNEZ PAREDES

Universidad de Lima
y Pontificia Universidad Católica del Perú

No hace mucho, en una pequeña nota que publiqué junto con un colega, comenté que los proyectos de construcción se caracterizan por ser altamente controvertidos². Ello, en su mayoría, debido a los intereses contrapuestos que ambas partes mantienen, así como por la propia naturaleza incierta del proceso de construcción, lo cual muchas veces, conlleva a que se presenten de alguna u otra forma, discrepancias, reclamos y conflictos.

En el presente artículo, pretendo exponer de manera breve, algunos de los reclamos que se presentan a lo largo del proceso de construcción, incluso luego que este se ha concluido. Para efectos prácticos, dividiré los reclamos en dos categorías. La primera de ellas, serán reclamos a la que tendría derecho todo acreedor por aplicación supletoria del código civil, mientras que, la segunda categoría, abarcará los reclamos que se pueden presentar como consecuencia del propio contrato de construcción que se haya elaborado.

Reclamos bajo el código civil

No hace falta extenderse sobre las distintas posibilidades que el código civil proporciona a un acreedor (en este caso el propietario o contratante) en apuros. Los artículos 1150°, 1151° y 1153° del referido cuerpo normativo, consagran los remedios que tendrá este último en caso el contratista incumpla con su prestación, o la ejecute de manera parcial, tardía o defectuosa. De la lectura de los artículos antes mencionados, se desprende que el contratante podrá: (i) requerirle al contratista que cumpla con la prestación; (ii) contratar a un tercero que lo ejecute con cargo al propio contratista; (iii) considerar que los trabajos no han sido ejecutados y rechazarlos; (iv) exigir que se destruya la obra ejecutada en caso esta le cause perjuicio; (v) aceptar los trabajos tal como están, exigiendo que se reduzca proporcionalmente la contraprestación; o, (vi) resolver la obligación.

Asimismo, el código civil otorga la posibilidad al propietario o contratante para que reclame el pago de los daños y perjuicios que se le hayan generado, en atención de cualquiera de los supuestos descritos anteriormente. Obviamente, este reclamo solo será reconocido en la medida que el acreedor genere convicción en el juzgador (juez, árbitro o tribunal arbitral), al acreditar la generación del daño y su

¹ El artículo fue publicado en Agnitio: <https://agnitio.pe/articulo/que-tipo-de-reclamos-pueden-presentarse-en-construccion-primera-parte/>

² La nota fue publicada en la Ley: <http://laley.pe/not/5317/-que-hace-un-abogado-especializado-en-construccion-/>

cuantificación en base a medios probatorios³, así como también, siempre que demuestre la concurrencia de los distintos elementos de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones⁴.

Ahora, al hablarse de una reparación del daño, existen determinados conceptos que la parte afectada deberá tomar en cuenta, tales como causalidad, previsibilidad y deber de mitigación.

La causalidad, es uno de los elementos de la responsabilidad que debe necesariamente concurrir con otros, para que pueda determinarse que existe un responsable que deba asumir las consecuencias que el daño ha generado. Cuando el artículo 1321° del código civil señala que, los daños deben ser “(...) consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”, precisamente se refiere al elemento conocido como causalidad del daño.

Se entiende por el tenor de su redacción que, nuestro código civil, en lo que se refiere a la causalidad a nivel de inexecución de obligaciones, adopta la posición de la causa próxima. Esto querría decir que, de las distintas hipótesis que puedan haber dado lugar a la generación del daño, se deberá considerar como la que lo generó aquella que cronológicamente le es más próxima. En otras palabras, aquella que es inmediatamente anterior a la producción del daño, considerándose las demás hipótesis (cuya generación se dio con antelación a la que se está proponiendo como la más próxima al daño), como meras condiciones. Obviamente, la parte que haya incumplido pretenderá mostrar que pudo haber otras causas generadoras del daño y, será el juzgador quien determinará en base a la evidencia proporcionada por las partes, cuál es la causa principal de los daños que se generaron.⁵

Por otro lado, cuando el artículo 1321° del código civil menciona que “(...) el resarcimiento se limita al daño que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída”, implícitamente hace referencia a la clasificación conocida como daños previsibles y daños no previsibles. El código civil es claro al indicar

³ La prueba de los daños, sobre todo en construcción, es un tema fundamental. Para comenzar, aquel que tenga la osadía de querer iniciar un arbitraje por un reclamo derivado de un contrato de construcción, debe ser consciente que, esto implicaría invertir fuerza de trabajo, dinero y demás recursos para reconstruir los aspectos del reclamo que pretenderá hacer valer. Asimismo, que la prueba que suele presentarse en conflictos de construcción es (por lo general) desmedida y demanda de un análisis especializado. Es por ello que, aquellos asesores legales diligentes que se desenvuelven en el rubro de la construcción, se aseguran que sus clientes mantengan un registro adecuado del desarrollo de la obra y de las vicisitudes que se presentan en el día a día. Esto, es algo crucial para prevenir o asegurarse de recuperar algún gasto adicional, pérdida u otro al momento de concluir la obra.

⁴ Para la mayoría, los elementos de la responsabilidad civil, son antijuricidad, daño, causalidad y criterio de imputación. Algunos autores critican que se considere el elemento antijuricidad, puesto que, el resarcimiento dentro de lo que es la responsabilidad civil ya no gira en torno al causante del daño, sino en función a la víctima. En este sentido, no se concentra en el ilícito, sino como una reacción al daño injusto. A mi criterio, esta discusión dependerá de cómo es que se entienda el concepto de antijuricidad y si este concepto implícitamente no estaría dentro del contenido de lo que estos autores denominan daño injusto.

⁵ Es cierto, existen otras lecturas a la redacción del código. Una atractiva es la propuesta del profesor Juan Espinoza, quien argumenta que, atendiendo a que el artículo 1223 del código civil italiano se inspiró en el *Code*, donde la solución está enfocada desde la perspectiva de determinación del daño y no la de inmediatez de la causa, propone que entienda en ese aspecto, el código no se refiere a la causalidad de hecho, en donde en rigor se procede a reconstruir los hechos con la finalidad de imputar una responsabilidad, sino a la causalidad jurídica, a fin de determinar hasta donde se extienden las consecuencias dañosas que quien generó el daño deberá asumir. Al respecto, revisar ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Editorial Rodhas, edición 2011, Pág. 200.

que, si la inejecución obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limitaría a los daños previsibles. Bajo una interpretación en contrario se entiende que, si el incumplimiento obedeciera a culpa inexcusable o dolo, la limitación antes indicada no aplicaría, por lo que, el resarcimiento abarcaría no solo los daños previsibles, sino también los no previsibles.

En lo que se refiere a la mitigación del daño, corresponde al deber que tiene la parte afectada con el incumplimiento de tomar medidas razonables para evitar que el monto de los daños y perjuicios se incrementen. Desde esta perspectiva, si el acreedor perjudicado por el incumplimiento desea obtener el íntegro de la indemnización, deberá realizar determinados comportamientos positivos o negativos, para evitar que se incrementen los daños provocados por el incumplimiento.

Reclamos bajo el contrato de construcción

Cuando hablamos de posibles reclamos en virtud a un contrato de construcción, tres títulos principales se vienen a la mente casi de inmediato. Estos son las penalidades, solicitudes de extensiones de tiempo y reclamo por gastos adicionales generados.

A. Cláusula penal

Líneas atrás al tratar sobre la posibilidad de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios, se resaltó la importancia de la prueba que debe presentarse, a fin de generar una convicción en el juzgador sobre la efectiva generación del daño y su correcta cuantificación, de forma tal que, esta pretensión le sea reconocida al reclamante. La excepción a esta regla, es cuando las partes han pactado una cláusula penal dentro del contrato. Este pacto, para efectos prácticos, permite omitir el ejercicio del juzgador de analizar los medios probatorios para cuantificar los daños y determinar el *quantum* indemnizatorio que correspondería. Así, éste último se limitará a otorgar el monto pactado por las partes como cláusula penal, en la medida que se demuestre que efectivamente hubo un incumplimiento y concurren los demás elementos de la responsabilidad civil.

Existen dos formas de estructurar una cláusula penal en un contrato de construcción o cualquier contrato en general. El código civil regula en sus artículos 1341° y 1342° los tipos de cláusula penal que existen. El primer artículo se refiere al supuesto de incumplimiento de la obligación, mientras que, el segundo se enfoca a otorgar seguridad a un pacto determinado. En el caso de pactarse una penalidad sobre la base del artículo 1341° del código civil, de verificarse el incumplimiento, el acreedor tendrá derecho a reclamar sólo el monto establecido como penalidad y ya no la prestación principal. Por el contrario, si nos encontramos en el supuesto del artículo 1342° del código civil, no existe inconveniente en que se exija la penalidad por incumplimiento del pacto, además de la prestación principal que el deudor se comprometió a cumplir.

Un caso que se ve frecuentemente en la práctica, son los distintos problemas que se presentan al momento de toparse con un contrato cuya cláusula penal tiene una redacción deficiente o poco adecuada. Muchas veces, quienes redactan la cláusula penal del contrato, no toman en serio la

labor de diferenciar los supuestos regulados en los artículos 1341° y 1342° del código civil, confundiendo los escenarios en que operaría la penalidad pactada. Estos problemas cobran mayor sentido, desde el momento en que la contraparte se opone o cuestiona la pertinencia del cobro de las penalidad pactada, toda vez que, no queda claro de la redacción del contrato si fue pactada para resguardar el incumplimiento de la obligación principal, o si por el contrario, fue pactada para asegurar un pacto específico.

En construcción, lo usual, es que las penalidades se anticipen al perjuicio que se generaría cuando el cronograma de obra es incumplido, pero también se pactan a modo de sanción para asegurar el cumplimiento de distintas prestaciones. Esto último, trae a colación la discusión sobre si la función de la cláusula penal, es resarcir o sancionar, punto bien interesante que ya se trató en un anterior artículo escrito para este blog⁶.

Sí sería interesante comentar la experiencia del Reino Unido, en donde no era aceptable concebir a la penalidad como una pena o sanción, sino como una pre estimación de los daños. Hasta hace poco, se permitía cuestionar los pactos de cláusula penal argumentando que dicho monto no representaba una correcta estimación del daño, trasladando hacia el reclamante la responsabilidad de acreditar la fórmula a través de la cual las partes arribaron al monto establecido como penalidad. Si en caso no se lograba acreditar ello, el reclamo de la parte afectada podía verse frustrado.

Sin embargo, este criterio fue modificado por la corte suprema, la cual ahora estableció en palabras simples que, las partes son libres de acordar el monto que ellas crean conveniente como penalidad.⁷

B. Extensión de tiempo (EDT)

El reclamo de extensión de tiempo o EDT, es sin duda el más interesante. Esto, debido a que por lo general, cada caso en particular sobre esta materia es distinto y existen distintas maneras de enfocarlo.

Todo contrato de construcción bien redactado, debería contener en su estructura una cláusula EDT, para prevenir una figura conocida como *time at large*, lo cual significa que, la fecha para culminar las obras se hace incierto. Este escenario se presenta usualmente cuando un contratante o propietario, voluntaria o involuntariamente a través de su comportamiento, impide que el contratista concluya las obras dentro del tiempo programado. Si esto último ocurre y el contrato no contiene una cláusula EDT, pues entonces, no existiría forma concreta para determinar en qué fecha las obras deberán concluirse.

⁶ Pueden leer al respecto en el link: <http://agnitio.pe/articulos/el-castigo-mas-justo-es-el-que-uno-mismo-se-impone-aspectos-que-debemos-considerar-al-momento-de-pactar-una-clausula-penal/>

⁷ Al respecto, pueden revisar las decisiones de la corte suprema en los casos *Cavendish Square Holding v Talal El Makdessi* y *Parking Eye v Beavis*.

Ahora, es obvio que, si lo anterior se presenta, no es aceptable que el contratista se tome todo el tiempo que desee para completar los trabajos. Su obligación, sería completarlos dentro de un tiempo razonable a la luz de las circunstancias. El primer párrafo del artículo 1774° del código civil, establece que las obras deberían completarse dentro del plazo acordado y, en su defecto, dentro del plazo que se acostumbre.

Es evidente que, el problema sería determinar cuál es el plazo “acostumbrado” y que, por lo tanto, si las partes no llegan a un acuerdo, ese plazo será determinado por el juzgador, quien no siempre es el más calificado para hacerlo⁸.

Es por ello que, al momento de estructurar el contrato de construcción, el abogado debe asegurarse que en su contenido se prevea la cláusula EDT, la cual deberá regular una lista de eventos que otorgarán al contratista el derecho a solicitar una extensión de tiempo, así como el procedimiento que deberá seguir para requerirla.

¿Qué hay sobre los eventos que no están bajo el control del contratante o propietario? Un ejemplo de ello, sería condiciones climatológicas adversas y excepcionales. La pregunta es ¿si el contrato no prevé lo anterior como una situación EDT, el contratista estaría legitimado a solicitar una extensión de tiempo si el evento que se presenta no ha sido consecuencia del accionar de su empleador o el propietario?

Un argumento en contra, sería decir que el contratista asumió el riesgo de concluir las obras, con el mismo presupuesto inclusive si se presentasen este tipo de eventos. Sin embargo, el contratista también podría argumentar que los eventos de carácter excepcional no estaban incluidos dentro de su oferta, por lo que, ante este tipo de situaciones, el empleador debería ser quien asuma los costos adicionales que el referido evento ha generado. En construcción, este tipo de discusiones, es pan de cada día.

¿Qué debería contener una cláusula EDT? Si la persona que redacta la cláusula EDT es el propietario o el contratante, pues entonces, lo primero que deberá hacer, es listar todos los eventos que están bajo su control y que razonablemente podrían causar una demora durante el proceso de construcción. Luego de identificar estos supuestos, deberá establecer de manera clara y ordenada, el procedimiento que el contratista debería seguir, desde la notificación del evento que conlleve a la demora, su descripción, así como el impacto en el cronograma de obra. Si el empleador o propietario, establece la lista de eventos EDT y el procedimiento, pero el contratista no lo sigue en caso se presente un evento EDT, pues entonces, el contratante no debería estar obligado a concederle una EDT y esta situación, no debería aplazar la fecha de entrega de las obras, puesto que, se estaría trasladando su responsabilidad al contratista. Finalmente, se debe vincular el evento de demora hacia un objetivo particular (el cual podrá ser

⁸ Aunque también es cierto que, ahora es muy usual colocar dentro del contrato las cláusulas que establezcan un *dispute board resolution*, lo cual, permitiría que expertos tomen la decisión sobre el reclamo. Sin embargo, ello no enerva la posibilidad de acudir al arbitraje luego.

el actual progreso de las obras en el sitio y la fecha de conclusión de las mismas, o con la fecha de conclusión programada en el cronograma de obra).

Se debe precisar que, no todo evento de demora contemplado como un evento EDT en el contrato que finalmente se presente durante el proceso de construcción, garantiza al contratista la concesión de una EDT, inclusive si éste último siguió el procedimiento del contrato al pie de la letra para comunicar y solicitar una EDT. Es primordial que el contratista pruebe que este evento que se ha presentado, generará un impacto en el cronograma de obra y sobre todo, en la fecha programada para la entrega de las obras.

Otro aspecto importante a considerar, se da cuando se presenta el evento previsto como una situación EDT, se sigue el procedimiento establecido en el contrato y se llega a la conclusión que, en efecto este evento impactaría la fecha de entrega de las obras. La pregunta es: ¿cuánto tiempo se le deberá reconocer al contratista? Es aquí donde ingresan los famosos métodos de análisis de la demora (*delay análisis techniques*).

Existen distintos métodos de análisis que proporcionan una idea del tiempo estimado que se habría perdido durante el evento EDT, lo cual, en teoría, permitiría determinar cuánto tiempo se le debería conceder al contratista. Sin embargo, muchos de los expertos en construcción concuerdan en que, lo que verdaderamente influirá en la decisión final, será la experiencia de la persona que esté decidiendo. En consecuencia, la decisión inevitablemente será adoptada en base a una perspectiva subjetiva.⁹

A pesar de lo anterior, los métodos de análisis de demora sirven como una importante herramienta que provee una idea de cuánto tiempo puede otorgarse, una vez que la solicitud de EDT ha sido enviada al empleador o propietario.

La Sociedad de Derecho de la Construcción del Reino Unido, publicó un protocolo interesante el cual actualmente se encuentra en su segunda edición. Este sirve como referencia en los casos de análisis de impacto de tiempo que puedan presentarse. A pesar que no es vinculante, el protocolo ayuda mucho a los que practican en el sector de construcción, a fin de confrontar estas situaciones, entre otras.

⁹ Es interesante comentar un debate que organizó la Sociedad de Derecho de la Construcción del Reino Unido en octubre de 2005, en la universidad *King's College London*. En este, se propuso un caso práctico el cual debía ser analizado por reconocidos expertos, tales como Alastair Farr, Steve Briggs, John Hammond y Keith Pickavance, quienes asumieron el papel de contratante, contratista, ingeniero y *adjudicator*. Cada experto utilizó un método de análisis distinto y el resultado fue que, cada uno arribó a una solución distinta. El profesor Anthony Lavers, comentó cómo la audiencia no podía decidir con claridad por cuál de los cuatro métodos debería optarse. Asimismo, algo que más les sorprendió fue que, el profesor Keith Pickavance, uno de los personajes más influyentes en el rubro de construcción en el Reino Unido, no logró convencer a la audiencia que el método que corresponde utilizarse es el de *time impact analysis*. Los alcances de este debate, fueron recogidos en el artículo *THE GREAT DELAY ANALYSIS DEBATE*, publicado por la Sociedad de Derecho de la Construcción del Reino Unido en marzo de 2006.

A modo de referencia, se puede mencionar los métodos de análisis de tiempo conocidos como *impacted as-planned analysis*¹⁰, *as-planned versus as-built*¹¹ y *the collapsed as-built (or but for)*¹². Los métodos antes mencionados no son los únicos, existen muchos otros.

C. Gastos adicionales

▪ Gastos por prolongación de la obra

Supongamos que las obras correspondían ser entregadas dentro de quince semanas, contadas a partir de la suscripción del contrato, sin embargo, en rigor, la conclusión de las obras tomaron veinticinco semanas. Ello, implica que el contratista estuvo en el sitio por diez semanas más de lo previsto y presupuestado.

Es obvio que, el contratista querrá que los costos adicionales por todos los recursos que mantuvo en el sitio (trabajadores, maquinarias, otros) y la demás logística que ello habría implicado (como por ejemplo agua, electricidad, otros), sean asumidos o reembolsados por el propietario o contratante.

Asumamos que, el contrato tenía la cláusula ideal que prevea este tipo de situaciones, así como también, que el contratista siguió el procedimiento establecido en el contrato a la perfección. En principio, el propietario o contratante debería reconocer los costos adicionales por cada semana, si es que el contratista logra entregarle (i) pruebas de los costos adicionales; y (ii) la relación de los costos adicionales con el evento de demora que los generó.

¹⁰ Este método considera el cronograma de obra pactado en el contrato, el cual establece la forma, hitos y plazos en que el contratista debía ejecutar la obra. Al momento de presentarse el evento EDT, se superpone el tiempo que tome dicho evento en el cronograma y básicamente se corren los plazos.

¿Cuál es la desventaja o crítica principal a esta técnica o método? Que es teórico. Se impacta un evento EDT a un cronograma esperado y que aún no ha sido ejecutado ¿Qué ocurriría si se utiliza este método, se concede X días más al contratista y luego, cuando efectivamente se ejecutan los trabajos de obra, esta se termina en X – 20 días?

Para mayor información, se puede revisar el artículo *DELAY ANALYSIS – METHODOLOGY AND MYTHOLOGY*, presentado por Tony Farrow a la Sociedad de Derecho de Construcción del Reino Unido, en noviembre de 2001.

¹¹ Para efectos prácticos, este método implica superponer el cronograma de obra planificado en el contrato con el programa de obra efectivamente ejecutado. Si las barras de ambos programas no coinciden, dicho lapso es analizado a fin de determinar qué evento causó el impacto en el cronograma, en base a los registros de avance de obra que se tengan. Para un mayor alcance, se puede revisar el artículo *METHODS OF DELAY ANALYSIS AND HOW THEY ARE VIEWED BY THE UNITED LEGAL SYSTEM*, presentado por John B. Tieder a la Sociedad de Derecho de Construcción del Reino Unido, en marzo de 2009, Pag. 16.

¹² Si se aplica este método, se deberá analizar el programa de obra efectivamente ejecutado con los registros disponibles del proyecto. Luego de ello, se irá desde adelante hacia atrás para determinar qué hubiera ocurrido si no hubiese sido por determinado evento EDT. que se presentó. Si la conclusión a la que se arriba, es que los trabajos hubieran concluido antes, pues entonces el contratante o propietario deberá conceder la EDT por el tiempo que fue impactada la obra. De la misma forma, se puede encontrar más información de este método en el artículo *METHODS OF DELAY ANALYSIS AND HOW THEY ARE VIEWED BY THE UNITED LEGAL SYSTEM*, presentado por John B. Tieder a la Sociedad de Derecho de Construcción del Reino Unido, en marzo de 2009, Pag. 17.

Ahora, lo que se mencionó líneas arriba es probablemente la parte más sencilla de determinarse al momento de presentar un reclamo. Lo complicado, en la práctica, es que el contratista usualmente pretenderá recuperar los gastos incurridos en ese tiempo adicional, aplicando un precio o tarifa diferente a la propuesta en el contrato por las semanas previstas en este.

A modo de ejemplo, imaginemos que el contratista durante el plazo de ejecución previsto en el contrato conforme al cronograma, cobraba US\$ 5,000.00 por cada semana. Sin embargo, una vez que existe el impacto en el cronograma estableciendo el plazo de ejecución adicional, ahora el contratista pretende cobrarle al contratante US\$ 15,000.00 por cada semana que el proyecto se hubiera prolongado.

Obviamente, el contratante o propietario cuestionarán la diferencia, mientras que, el contratista insistirá en cobrar estos gastos a una tarifa ajustada al tiempo real. Este, es otro escenario que el contrato de construcción debería anticiparse.

- Disrupción

Otro concepto interesante que se presenta como reclamo, es el conocido como disrupción. Imaginemos por un instante que, en cumplimiento del cronograma establecido en el contrato, los recursos del contratista ya se encuentran en el sitio donde se ejecutará la obra y que no puedan ser asignados para el propósito establecido, sin la entrega de determinada información o sin recibir una instrucción por parte del propietario o contratante. Disrupción, implica que el contratista no ha generado la productividad que él esperaba obtener de sus trabajadores y recursos, al haber sido de algún modo perturbado por la conducta del empleador o propietario.

Puede que, lo anterior conceptualmente suene bien sencillo, sin embargo, en la práctica probar la disrupción es algo sumamente difícil. Antes, para justificar la disrupción, el contratista debía demostrar que antes que el evento generado por la conducta del propietario ocurra, su producción era X, pero que, luego de tal evento de disrupción, su producción se redujo a $X - 50$ ¹³.

¿Cuál es el problema? Que no es usual que un contratista cumpla con la diligencia de mantener un record preciso de los trabajos desarrollados, de forma tal que le permita demostrar que hubiera alcanzado una mayor producción a comparación de la que alcanzó.

- Pérdida de oportunidad por retención del equipo de gerenciamiento de obra (head office overheads costs)

Este reclamo, sigue casi el mismo principio que el de los gastos por prolongación, sin embargo, parte de la premisa que, como consecuencia de la permanencia del equipo de gerenciamiento o

¹³ A esto se le conoce como el *measured mile approach*. Al respecto, revisar el artículo *DELAY AND DISRUPTION: LEGAL CONSIDERATIONS*, presentado por Stuart C. Nash a la Sociedad de Derecho de Construcción del Reino Unido, en agosto de 2002.

administrativo del contratista en el sitio donde se ejecutaron las obras, por mayor tiempo del previsto en el contrato, éste último no pudo trasladar su equipo de gerenciamiento a otro proyecto que se le habría presentado y, por lo tanto, perdió un beneficio económico que hubiera recibido al encargarse de este. En otras palabras, el contratista perdió la oportunidad de obtener ganancias, como consecuencia de la conducta del propietario o contratante.

Como es evidente, para poder tener siquiera una pequeña oportunidad de reclamar tal concepto, el contratista deberá demostrar que se vio forzado a rechazar otros trabajos. Luego de ello, ingresaría la discusión de cuánto es lo que se habría percibido y las probabilidades de ganancias por encargarse de este proyecto, descontado del flujo de gastos estimado.

Ahora, es necesario considerarse también que, este concepto chocaría con el de previsibilidad de los daños y, al menos, el contratista deberá demostrar negligencia por parte del propietario o empleador¹⁴.

En mi corta experiencia, sólo me topé con este tipo de reclamo una vez en un arbitraje. Sin embargo, indagando en las experiencias de otros países, me di con la sorpresa que es algo que sí se ha pretendido perseguir con frecuencia, al menos de manera conceptual, aunque, claro está que, como todo en reclamo en construcción, lo complicado es siempre aterrizarlo para poder acreditar el monto que correspondería que se reconozca.

Para culminar, debo recalcar que estos no son todos los reclamos que pueden presentarse en construcción. En el siguiente artículo, tocaré otros aspectos que pueden presentarse, tales como a quien pertenece la holgura, qué ocurre en caso de demora concurrente, qué hacer en caso de ejecución acelerada, entre otros.

Como se puede apreciar, la constante práctica dentro de la industria de la construcción, permite toparse con distintos supuestos que pueden dar lugar a múltiples reclamos y conflictos, que a la larga, brindan la oportunidad al asesor legal de la empresa contratista, contratante o propietario, de buscar diferentes soluciones o respuestas, en algunos casos innovadoras, en otros casos más conservadoras. El derecho, precisamente debe moldearse y adaptarse para afrontar este tipo de situaciones, proporcionando una respuesta oportuna. Esto creo yo, es uno de los aspectos más divertidos de la carrera que hemos escogido.

¹⁴ Ahora, la lógica de este reclamo “podría” funcionar para un contratista pequeño. Sin embargo, imaginemos un contratista de la talla de Cosapi o GYM, que en la práctica tienen la capacidad de administrar más de 24 proyectos al mismo tiempo ¿Sería razonable que empresas de este tamaño, reclamen este tipo de gastos?