

Del tiempo y dinero en contratos FIDIC durante Covid-19

Escrito por Gabriel Mulero Clas

El efecto del coronavirus en la construcción es amplio y desconocido, en particular, en cómo evaluar el tiempo y el dinero perdido. Por fortuna, los contratos FIDIC proveen varias opciones a las Partes para manejar riesgos y proteger derechos. Este artículo analiza cómo se trataría la pandemia del Covid-19 bajo el Contrato de Construcción de Obras FIDIC 2010 armonizado por el Banco Mundial en español.

¿Cuál es el hecho o circunstancia?

Para reclamar un derecho, la Parte debe primero identificar el hecho o circunstancia que ha originado el reclamo.

El Covid-19 pudiese provocar, por ejemplo, que el personal no se presente por enfermarse o que los suplidores y subcontratistas no provean sus bienes y servicios por sufrir del mismo mal. También, la merma de personal pudiera deberse a órdenes del gobierno como la cuarentena total, el cierre de industrias, etc.

De igual forma, la intervención gubernamental pudiera limitarse a afectar la productividad en la obra. Las medidas pudieran incluir el aislamiento obligatorio, los itinerarios de protección, la desinfección frecuente de personal y superficies, los puntos de limpieza, y los equipos de protección personal especializados como mascarillas, guantes y ropa de protección. De hecho, pudiera ser también que tales medidas hayan sido necesarias sin mediar intervención del gobierno. Lo importante es que los remedios disponibles a las Partes dependerán de los hechos o circunstancias en cuestión.

¿Qué derechos tiene el Contratista?

Las siguientes subcláusulas de FIDIC contienen los principales remedios de tiempo y dinero que un Contratista pudiera tener en su obra afectada por la pandemia.

Escasez y demoras por autoridades

Tiempo solamente. La subcláusula 8.4 (d) permite una prórroga en casos de demora por “*escasez imprevista de personal o Bienes a raíz de epidemias o medidas gubernamentales*”. Esta subcláusula se refiere solo a la escasez y se activa con o sin intervención del gobierno (por ejemplo, la ausencia de personal por la enfermedad o por cuarentena gubernamental). La Organización Mundial de la Salud (“OMS”) declaró pandemia por el Covid-19, pero la definición de pandemia de la RAE incluye el concepto de epidemia,¹ y la OMS misma se refiere a epidemia al mencionar el brote por país.² Por ende, el Covid-19 pudiera quizás considerarse epidemia bajo la subcláusula 8.4 (d).

La subcláusula 8.5 también permite una prórroga en casos de demoras o interrupciones imprevistas causadas por autoridades públicas del País cuando el Contratista ha seguido diligentemente los procedimientos establecidos por las autoridades. Este remedio pudiera tal vez aplicar a medidas como la cuarentena, el distanciamiento social, etc.

Ambas subcláusulas permiten solo el derecho de tiempo y requieren que el hecho sea imprevisto o imprevisible. El contrato define *Imprevisible* como “*cualquier hecho que un Contratista con experiencia no puede prever razonablemente en la Fecha Base.*”³ Los efectos del Covid-19, incluyendo la ausencia por la enfermedad y el cierre de la obra por orden gubernamental, pudieran tal vez considerarse imprevistas.

¹ Véase el diccionario de la Real Academia Española en <https://dle.rae.es/pandemia>

² Véase <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>

³ Véase la subcláusula 1.1.6.8; y la 1.1.3.1 que define *Fecha Base* como “*28 días previos a la fecha ... de presentación de las Ofertas*”.

Cambios en la legislación

Tiempo y dinero. La subcláusula 13.7 permite prórroga y pago de costos adicionales si, luego de la Fecha Base, ocurren cambios en las Leyes del País que afecten el cumplimiento de las obligaciones del Contratista. Esto incluye la introducción de nuevas leyes, y la derogación, modificación o reinterpretación oficial de las vigentes. Los cambios no se limitan a las leyes creadas por legisladores. “Leyes” se define de manera amplia en la subcláusula 1.1.6.5 como “*toda legislación nacional (o estatal), estatutos, ordenanzas y otras leyes, así como los reglamentos y estatutos de cualquier autoridad pública legalmente constituida*”. Sin embargo, solo aplican las leyes del país del lugar de las obras (o su mayor parte).

Las dos principales diferencias con los remedios de la cláusula 8 son: (1) que el enfoque en la subcláusula 13.7 es en leyes y no en medidas o actuaciones del gobierno; y (2) que la ley en cuestión deberá ser nueva, o, si es preexistente, que su interpretación oficial sea nueva. Por lo tanto, si la intervención gubernamental debido al Covid-19 proviene de una ley, ordenanza, etc. que tenga su origen en el coronavirus y la Fecha Base la preceda, la 13.7 pudiera quizás aplicar. En cambio, si solo se trata de la activación de una ley preexistente, las subcláusulas 8.4 (d) y 8.5 pudieran tal vez aplicar.

Fuerza Mayor

Tiempo. Las subcláusula 19.4 (a) permite la prórroga si el Contratista no puede cumplir sus obligaciones sustanciales del Contrato por causa de Fuerza Mayor. La subcláusula 19.1 define Fuerza Mayor como un hecho o circunstancia:

- excepcional;
- fuera del control de una Parte;
- que no pudo preverse razonablemente (antes del Contrato),
- que, ocurrido, no pudo haberse evitado o superado razonablemente, y
- no atribuible sustancialmente a la otra Parte.

⁴ FIDIC Covid-19 Guidance Memorandum to Users of FIDIC Standard Forms of Works Contract, Abril 2020, página 8.

⁵ Si el Contratista no puede cumplir sus obligaciones sustanciales del Contrato por causa de Fuerza Mayor.

Por ejemplo, una cuarentena impuesta por el gobierno pudiera tal vez cumplir con estos requisitos. Por otro lado, quizás también se pudiera argumentar que existen medidas de salud y seguridad que permiten superar el Covid-19 por lo que el cuarto requisito pudiera no aplicar.⁴ Tales medidas serían del tipo que posibilita que la construcción continúe, como la desinfección, los equipos de protección, etc.

El requisito de imprevisibilidad de la versión en español del contrato es distinto a la versión en inglés, la cual requiere que sea un hecho para el cual la Parte no hubiera podido prepararse razonablemente antes de celebrar el contrato. Aunque pudiera ser imposible prepararse para lo imprevisible, también pueden haber hechos previsibles para los cuales no es posible prepararse. Por ende, la versión en inglés aparenta ser más amplia. Lo importante es saber cuál versión se utiliza en el proyecto para entonces considerar la diferencia si fuera necesario.

También, la definición contractual de Fuerza Mayor pudiera ser igual, más amplia, o más restrictiva que la definición de fuerza mayor bajo las leyes del País. Por lo tanto, es imperativo asesorarse legalmente sobre las diferencias para no caer en error al hacer valer derechos en el contrato y en ley.

Dinero, tal vez. La subcláusula 19.4 (b) permite la reclamación monetaria,⁵ pero solo si la Fuerza Mayor es “*del tipo que se describe*” en los incisos i) al iv) de la subcláusula 19.1.⁶ Esto incluye guerra, terrorismo, huelga y material explosivo, entre otros. Este remedio incluye tanto el Costo de la demora como los costos de rectificación y reemplazo de Obras o Bienes dañados o destruidos por la Fuerza Mayor, salvo si se indemnizan con póliza de seguro.

No obstante, ni epidemia ni pandemia figuran en los incisos. FIDIC explica que, por consiguiente, es poco probable que este derecho monetario aplique al coronavirus.⁷ No obstante, los incisos ii) y iii) incluyen situaciones como sabotaje por personas

⁶ Y en los incisos ii) al iv), el hecho debe ocurrir en el País.

⁷ FIDIC Covid-19 Guidance Memorandum, página 8. FIDIC también menciona que los hechos de los incisos i) al iv) se distinguen por ser

ajenas al personal del contratista, disturbios, conmoción, desórdenes, huelga y cierre patronal. Protestas contra la cuarentena como las vistas en Estados Unidos u otros tipos de desorden pudieran tal vez activar este remedio si detuvieran el progreso de las obras y cumplieran con la definición de Fuerza Mayor.

Además, la lista en los incisos i) al iv) no es exhaustiva ya que la subcláusula 19.4 (b) aplica a situaciones *del tipo* descrito en los incisos. Es decir, se pudiera argüir que el remedio aplica a las situaciones enumeradas en los incisos y a las situaciones comparables a ellas. La dificultad estaría en determinar el estándar de comparación entre el hecho en cuestión y la situación o situaciones enumeradas en los incisos.

Por ejemplo, el inciso iii) incluye “*cierre patronal provocados por personas ajenas al Personal del Contratista*”. Si el estándar de comparación fuese amplio, el punto de comparación pudiese quizás ser el cierre, en cuyo caso un cierre provocado por el gobierno pudiera tal vez ser comparable. Esto permitiría el reclamo de dinero por esta vía. Por otro lado, la RAE define cierre patronal como “*cierre de una empresa decretado por sus dueños como medida de presión para que los trabajadores acepten sus condiciones.*”⁸ Si el punto de comparación fuese más limitado – por ejemplo, un cierre relacionado a la situación laboral del personal – exigir este derecho monetario sería más difícil. Todo dependerá del argumento hecho.

¿Qué notificaciones debe dar el Contratista?

Notificación 20.1. Para valerse de los remedios de las subcláusulas 8.4 (d), 8.5, 13.7 y 19.4, es imprescindible que el Contratista siga el procedimiento de la subcláusula 20.1 que comienza con el envío de una notificación de reclamación:

- al Ingeniero (con copia al Contratante);
- a más tardar 28 días después de tomar conocimiento (o haber debido tomar conocimiento) del hecho o circunstancia;

causados por el ser humano, a diferencia de los del inciso v) que son considerados hechos naturales.

⁸ Véase el diccionario de la Real Academia Española en <https://dle.rae.es/cierre>.

- describiendo el hecho o circunstancia; y
- reclamando los derechos exigidos, sea prórroga del Plazo de Terminación o pago adicional.⁹

Notificación 19.2. Para aplicar la subcláusula 19.4, el Contratista también deberá cumplir con la subcláusula 19.2 que requiere notificar:

- al Contratante (con copia al Ingeniero);
- dentro de 14 días de haber o deber tomado conocimiento de la Fuerza Mayor;
- describiendo el hecho o circunstancia de Fuerza Mayor; y
- especificando las obligaciones sustanciales que el Contratista no pueda o no podrá cumplir.

A diferencia de la notificación 20.1, la notificación 19.2 se envía al Contratante, tiene un período más corto y requiere identificar las obligaciones afectadas. Además, el fin de la notificación 19.2 es eximirse del cumplimiento de las obligaciones afectadas mientras la Fuerza Mayor las impida. Dos obligaciones probablemente afectadas durante una cuarentena son la de proceder con las obras con la diligencia debida y sin demoras, y la de completarlas a tiempo (subcláusulas 8.1 y 8.2).

La mejor práctica sería enviar la notificación 19.2 y, por separado, enviar también la notificación 20.1. Pudiera tal vez ser aceptable que el texto de ambas cartas sea el mismo siempre y cuando este cumpla con los requisitos de ambas subcláusulas y cada notificación se envíe dentro de su plazo indicado.

¿Cómo se protege el Contratante?

19.2 del Contratante. El Contratante también puede valerse de la protección de la subcláusula 19.2 para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones mientras la Fuerza Mayor las impida. Por ejemplo, si una intervención gubernamental ocasionara el cierre del lugar de la obra, un Contratante pudiera enviar una notificación 19.2 para buscar eximirse de su obligación de la subcláusula 2.1 de permitirle posesión y acceso al Contratista al Lugar de las Obras. El Contratante

⁹ Se pudiera tal vez argumentar que este requisito no está claramente expreso en la subcláusula 20.1, sin embargo, también es argumentable que lo está o que es aplicable de manera implícita por lo que se recomienda incluirlo.

así pudiera tal vez evitar una reclamación en su contra bajo esta subcláusula. Sin embargo, esta protección no exime a las Partes de sus obligaciones de pago en virtud del Contrato.

¿Qué hacer mientras tanto?

Mitigación 19.3. No se puede dormir en los laureles durante la Fuerza Mayor. La subcláusula 19.3 requiere que cada Parte haga “*todo lo que esté a su alcance*”, en todo momento, por mitigar su incumplimiento del Contrato causado por Fuerza Mayor. Por ende, lo importante es hacer el esfuerzo, pero el estándar de conducta o diligencia – es decir, el nivel de esfuerzo – dependerá de la interpretación de esta subcláusula. Por ejemplo, se pudiera quizás requerir la inversión de tiempo y dinero para obtener equipos de protección o, de ser permisibles, dispensas de órdenes del gobierno, si de ello dependiera el cumplimiento de sus obligaciones. Otra interpretación pudiera quizás ser que los esfuerzos se limiten a los que se pudiesen lograr sin gastar dinero extra. Sea cual fuere, el nivel exacto del estándar dependerá de la ley que aplique al Contrato.

Notificación 19.3. Según la subcláusula 19.3, cada parte notificará a la otra cuando termine el efecto de la Fuerza Mayor.

¿Qué hacer si la Fuerza Mayor continua?

Rescisión. Si la situación no mejora, las Partes pudieran considerar la rescisión del Contrato bajo la subcláusula 19.6. Cualquier Parte pudiera rescindir bajo la 19.6 siempre que una de ellas haya enviado una notificación 19.2.

Para notificar la rescisión, se deberá esperar un período continuo de 84 días de suspensión por Fuerza Mayor o un período discontinuo que sume a 140 días de suspensión por la misma Fuerza Mayor.

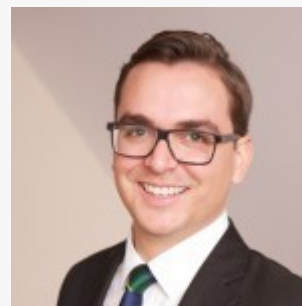
La suspensión deberá afectar “*la ejecución de sustancialmente todas las Obras en curso*” por lo que este remedio pudiera tal vez estar disponible en cuarentenas que paralicen un proyecto.

¿Cómo prepararse?

Registros. Los registros del proyecto y los registros necesarios para fundamentar reclamaciones son esenciales y deben mantenerse actualizados. Esto incluye registros tanto de las causas como de las consecuencias de lo que ocurra en la construcción. Por ejemplo, hay que mantener evidencia de las leyes y medidas publicadas por el gobierno, de las ausencias de personal, de las medidas de protección implementadas (incluyendo protocolos, planes, bitácoras de obra, etc.), de las demoras al progreso o falta de productividad, y de los incrementos en costos que pudieran ocurrir. Sin registros actualizados, las reclamaciones de derechos a tiempo y dinero pudieran perderse.

Diligencia, buena fe y cooperación

El espíritu de cooperación permea en los contratos FIDIC y la buena fe también pudiera aplicar por virtud de los códigos civiles que así lo disponen. Por lo tanto, en adición a mantener al día las notificaciones y registros, y hacer valer derechos, es importante mantener este espíritu entre las Partes y actuar de buena fe al enfrentar los nuevos retos.



**Autor del artículo
Gabriel Mulero Clas**

Email: gabriel.muleroclas@corbett.co.uk

El contenido de este artículo no es asesoramiento legal. Deberá siempre consultar con un abogado debidamente calificado con respecto a cualquier asunto legal en particular o problema que pueda tener. Por favor comuníquese con Corbett & Co si necesita asesoramiento legal.