

Arbitraje internacional en materia de construcción:

Algunas prácticas adecuadas para documentar demandas y defensas

por Jennifer L. Permesly y Tania Cohen

Este artículo trata sobre algunas de las categorías más comunes de documentos que pueden ser requeridos para probar una demanda o defensa en un arbitraje en materia de construcción, y sugiere caminos que las partes podrían escoger en vistas a un potencial arbitraje manteniendo prácticas adecuadas de registro a lo largo de la etapa de construcción.

Los arbitrajes internacionales que surgen a partir de disputas en materia de construcción son notoriamente intensivos en producción de documentos. Para respaldar demandas o establecer defensas relativas a ineficiencias, costos y demoras en el proyecto, las partes deben confiar en documentos creados y mantenidos durante la etapa de construcción.

La complejidad de los modernos proyectos de construcción, junto a la variedad de métodos de registro que las empresas usan en diferentes jurisdicciones, resultan en visiones ampliamente divergentes respecto de qué tipo de documentación constituirá una prueba adecuada en un arbitraje en esta materia.

A menudo es difícil saber, durante un proyecto de construcción, cuáles eventos estarán más tarde sujetos a un pedido de arbitraje. En consecuencia, la mejor manera de asegurar que la documentación necesaria para respaldar un reclamo o defensa esté disponible cuando surja una disputa es establecer prácticas sólidas de registro de eventos desde tempranas etapas del proyecto, y enfatizar la importancia de una correcta conservación de documentos frente a todo el equipo a cargo del mismo.

Aunque las prácticas aquí descriptas no son exhaustivas ni aplicables a cualquier asunto, ellas pueden ser una guía de cómo las partes en un contrato de construcción deben pensar sobre la gestión de documentos antes de que una disputa aparezca.

Chaffetz Lindsey LLP

1700 Broadway, 33rd Floor, New York, NY 10019

tel: +1 212 257 6960 | fax: +1 212 257 6950

www.chaffetzlindsey.com

La importancia de los documentos para un arbitraje en materia de construcción

Mientras que el acceso a la documentación actualizada es importante en todo arbitraje comercial internacional, en casos de complejas disputas de construcción transfronterizas esto adquiere una vital relevancia. Esto es porque a los árbitros le asignan la tarea de descifrar un registro detallado de hechos para determinar la causa y el efecto y distribuir la responsabilidad. Más abajo describimos las diferentes formas en que la documentación puede resultar crítica para un arbitraje en materia de construcción.

1. Los documentos son críticos para satisfacer la carga de la prueba

Como principio básico, una documentación adecuada será crítica para satisfacer la “carga de la prueba”; esto es, la carga de “inclinarse la balanza” hacia la probabilidad de que una demanda o defensa reivindicada por cualquiera de las partes sea cierta o correcta. (Ver John W. Hinchey & Troy L. Harris, *International Construction Arbitration Handbook* § 9.5 (2015)).

En el arbitraje en materia de construcción, la importancia de la carga de la prueba no puede ser ignorada. Como simple ejemplo, un contratista exigiendo daños y perjuicios por una demora indemnizable en el plan proyectado, probablemente deba asumir la carga de demostrar que: 1) la demora ocurrió; 2) la demora fue causada por eventos fuera del control de la contraparte; 3) el contratista no fue responsable por ninguna demora concurrente; 4) la demora causó daños al contratista; y 5) el valor de esos daños. (Ver 67 Am. Jur. 3d *Proof of Facts* § 2 (2015)).

Sin documentación simultánea tal como, por ejemplo, planes de proyecto rastreando los casos de demora tal como han ocurrido o correspondencia observando la demora y anticipando los daños resultantes que puedan ocurrir, al contratista le queda basarse en testigos para establecer los hechos y en peritos para recrear la historia del proyecto. La contraparte está segura de presentar testigos conflictivos y un desafiante perito insistiendo en que no es responsable por la demora. Al tribunal arbitral le queda evaluar la responsabilidad, la causalidad y el monto de las pérdidas basándose principalmente en la credibilidad de la declaración testimonial. Allí donde el demandante soporta la carga de “inclinarse la balanza” en apoyo de su reclamo, la falta de una documentación adecuada puede crear un serio obstáculo para salir airoso del arbitraje.

Mientras que la carga de la prueba es un factor crítico en todos los arbitrajes en materia de construcción, diferentes tipos de demandas presentan cuestiones de prueba singulares. Por ejemplo, una parte puede reclamar la garantía sobre la calidad del trabajo años después de que el proyecto esté finalizado, dando origen a un conjunto diferente de apreciaciones de prueba. O las partes pueden modificar las reglas generales de la carga de la prueba a través de su contrato, requiriendo que las presentaciones sean hechas a medida para tomar en cuenta dicha modificación. (Ver Anne Véronique Schlaepfer, “The Burden of Proof in International Arbitration,” in *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, 127, 129 (Albert Jan van den Berg ed., 2015)). Por consiguiente, algunas de las recomendaciones expuestas en este artículo pueden no encuadrar en todas las disputas sobre construcción.

2. La documentación protege contra reclamos posteriores alegando actos propios o renuncia

La documentación puede ser también crítica para responder a los argumentos alegando que un derecho se condone, renunció o hubo actos propios desfavorables. Una defensa común en un arbitraje en materia de construcción es que el demandante no aportó una correcta o pronta noticia sobre sus reclamos, o que el demandante señaló implícitamente su aceptación sobre la variación en las condiciones o fallas en el trabajo durante el período del proyecto. (Ver 2 Philip L. Bruner & Patrick J. O’Connor, Jr., *Bruner and O’Connor on Construction Law* § 7:149 (2015)). Una documentación simultánea revelando el momento en que la notificación del reclamo fue transmitida inicialmente y de qué modo, en su caso, los reclamos fueron resueltos, puede

ayudar en la defensa contra tales argumentos.

3. Algunos documentos pueden ser requeridos en conexión con el intercambio de documentos en el arbitraje

Es común que los árbitros permitan algún intercambio de documentos en un arbitraje internacional en materia de construcción. (Ver John W. Hinchey & Troy L. Harris, *International Construction Arbitration Handbook* § 5.22 (2015)). En esas circunstancias, el demandado habitualmente insiste en revisar documentos a los cuales no tuvo acceso (o si lo tuvo, mostró poco interés en ellos) durante el proyecto. Por ejemplo, una parte puede verse forzada a producir comunicaciones internas acerca de cómo hizo para seleccionar al contratista y adjudicar la licitación del proyecto, a dar vuelta todos sus registros contables internos para probar sus costos de construcción, o a revelar información confidencial acerca de arreglos con subcontratistas.

Si una parte no ha mantenido esos documentos en un formato confiable o si contienen información que esa parte no está dispuesta a revelar, entonces la parte que busca los documentos puede requerir al tribunal que saque conclusiones desfavorables de la falta de documentación o simplemente que rechace el reclamo en un todo por falta de pruebas. (Ver Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* § 16.02, at 2391-93 (2d ed. 2014)).

A las partes también se les puede pedir que aporten a su contraparte datos producidos por software de diseño gráfico, tales como CAD o BIM, y por software de planificación (por ejemplo, Primavera Scheduling). Las partes deben tener en cuenta que datos parciales o no definitivos podrían ser guardados en los programas y así terminar siendo revelados a la contraparte.

4. La documentación mejora la credibilidad de los peritos y la calidad de sus reportes

Con frecuencia las partes de un arbitraje en materia de construcción contratan peritos para ayudar al tribunal a entender sus demandas o defensas y a evaluar los daños reclamados. Es crítico que el perito pueda confiar en una actualizada documentación del proyecto para formular su reporte. Cuando los expertos en construcción son forzados a descifrar reclamos y llenar grandes huecos en la historia del proyecto a causa de documentación inadecuada, sus reportes quedan fácilmente sujetos a ataques por falta de sostén en los hechos. Un registro apropiado ayuda a crear un testimonio pericial creíble y de buena calidad.

5. Una documentación simultánea puede ser crucial para establecer causalidad y daños

El mantenimiento de una documentación detallada sobre los costos a través del período de construcción puede ser vital para probar la causalidad y los daños en un arbitraje. Una vez que el proyecto ha sido concluido, es frecuente tener problemas para aislar e identificar tipos específicos de pérdidas y sus causas subyacentes. Esto puede ser porque el equipo a cargo del proyecto ha sido disuelto, el acceso al sitio y los registros ha sido finalizado, o el registro mismo del proyecto es defectuoso. En estos casos, sin documentación simultánea que permita la identificación de los daños vinculados a problemas específicos o cambios, un demandante puede correr el riesgo de no poder demostrar suficientemente la causalidad requerida.

Por las razones antedichas y muchas otras, las partes en un arbitraje internacional en materia de construcción pueden mejorar en gran medida sus chances de éxito si pueden probar sus reclamos no solamente a través de testimonios, sino también a través de documentación del proyecto elaborada en simultáneo con el mismo.

Categorías de documentación que el arbitraje en materia de construcción puede requerir

En esta sección analizamos algunas categorías de documentación que son usualmente fidedignas en este tipo de arbitrajes, e identificamos algunas consideraciones que las partes puedan tener en cuenta durante el período de construcción a efectos de estar preparados para usar esos documentos en conexión con un arbitraje.

Como un argumento general aplicable a todas las secciones a continuación, las partes deben poner especial atención a los requerimientos específicos de su contrato para evaluar el tipo de documentación a ser mantenida durante el proyecto y preservada por un tiempo razonable a partir de entonces. Donde las partes tienen una relación previa de trabajo y una práctica habitual entre ellas, las formalidades requeridas por el contrato pueden parecer innecesarias y excesivamente molestas. Pero el contrato ofrece a menudo la mejor guía para el acuerdo de las partes sobre cómo demostrar y preservar reclamos y es la clave potencial para la valoración de la prueba por parte del tribunal. Es por lo tanto crucial ser consciente y poner la debida atención a los requerimientos contractuales, como así también establecer registros sobre su cumplimiento.

1. Documentos de licitación y asunciones precontractuales

Un arbitraje en materia de construcción puede requerir que las partes vuelvan a las más tempranas asunciones hechas en conexión con el proyecto para probar su derecho a percibir indemnización por daños, o su cuantificación. Por ejemplo, las asunciones y consideraciones que el contratista empleó para llegar a su oferta para el proyecto, como así también las consideraciones aplicadas por el propietario al adjudicar la licitación, pueden ser elementos probatorios clave para determinar si el precio del contrato fue razonable al momento de realizarse. (Ver Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 13.02[H] (2016-1 cumulative supp.)). Las partes deberían mantener documentación interna recordando esas decisiones y asegurarse que esos documentos son suficientemente minuciosos para incluir puntos importantes de decisión en los que una parte o un árbitro pueda basarse más tarde (por ejemplo, un convenio para reducir horas de trabajo en respuesta a una solicitud del propietario).

Es también importante documentar las expectativas de cada parte al cerrar el contrato, incluyendo cualquier información intercambiada entre ellas acerca de las condiciones de obra, reglas aplicables y condiciones medioambientales. (Ver Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 5.01 (2016-1 cumulative supp.); ver también 4A Philip L. Bruner & Patrick J. O'Connor, Jr., *Bruner and O'Connor on Construction Law* § 14:51 (2015) (tratando reclamos por condición de obra)). La razonabilidad de estas asunciones previas y los entendimientos mutuos de las partes sobre estos temas pueden volverse cruciales para evaluar la responsabilidad en un futuro.

2. Correspondencia en el proyecto y notificaciones de reclamo

Durante etapas tempranas del período de construcción, e incluso cuando surgen pronto reclamos, los propietarios y contratistas pueden intentar eludir la intensificación de la disputa cooperando y negociando a través de medios informales de comunicación más que mediante notificaciones formales de demandas y de documentación. Mientras una buena relación de trabajo sea fundamental para el éxito del proyecto, ambas partes se beneficiarán de una práctica que asegure que la contraparte esté al tanto de cualquier reclamo potencial y que esas disputas estén documentadas desde el momento en que aparecen.

Una buena práctica cada vez más común en los grandes proyectos de construcción es que las partes mantengan una base de datos del proyecto a través de la cual toda la correspondencia es intercambiada. Las comunicaciones son enviadas en general como cartas numeradas secuencialmente, lo que asegura que su transmisión pueda ser rastreada con posterioridad, y están almacenadas en una base de datos accesible por ambas partes a lo largo del período del proyecto. Dicha base de datos puede ser utilizada también para almacenar prácticamente cualquier otra clase de documentos, incluyendo por ejemplo:

- Actualizaciones del programa.
- Reportes de actividad.
- Registros de obra.
- Planos.
- Ordenes de cambio.
- Actas de reuniones.

En el caso de una disputa actual o anticipada, es común que ambas partes quieran conservar algún acceso a la base de datos una vez que el proyecto esté finalizado y la relación entre las partes termine.

Además de la correspondencia compartida del proyecto, las partes se comunican con frecuencia por correo electrónico. Ellas deben conservar toda esta correspondencia, particularmente cuando una disputa ha surgido o es anticipada. Las partes también deberían suponer que la comunicación interna por e-mail de su compañía o la que realicen con la otra parte puede quedar sujeta a requerimientos de producción documental.

Al documentar demandas reales o potenciales, hay algunas reglas generales a tener en cuenta:

- **Sea consciente de cualquier procedimiento de notificación de reclamos específicamente previstos en el contrato.** Los contratos de construcción incluyen con frecuencia provisiones detalladas de cómo reivindicar reclamos, incluyendo estrictas fechas límite. También pueden requerir que la otra parte tenga la oportunidad de subsanar el incumplimiento. Como explicamos más arriba, el cumplimiento de estos procedimientos puede parecer una formalidad durante el período del proyecto, pero observándolos bien pueden devenir cruciales en el contexto de la

disputa. (Ver 33 Robert A. Rubin et al., *New York Construction Law Manual*, § 16.2 (2014) y por ejemplo, FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, Sub-Clause 2.5 (1st ed. 1999) (requiriendo al propietario que dé al contratista “notificación y datos” de los reclamos del empleador); Sub-Clause 20.1 (requiriendo al contratista que notifique al propietario “no más allá de 28 días después de que el contratista se enteró, o debió haberse enterado, del evento o circunstancia” dando origen a una extensión del plazo y/o cualquier reclamo de pago adicional)).

- **Incluya referencias a efectos de largo plazo o secundarios del reclamo y reserve derechos a reivindicar daños y perjuicios adicionales en un futuro.** Una de las disputas más comunes en arbitrajes en materia de construcción plantea si la notificación de la demanda provee adecuada información de costos secundarios o acumulativos. (Ver 33 Robert A. Rubin et al., *New York Construction Law Manual* § 6.29 (2014)). Por ejemplo, un contratista puede notificar al propietario que ha incurrido en ciertos costos excedentes o que requiere una extensión del plazo para completar una tarea específica, pero puede no estar en condiciones de cuantificar los efectos particulares de largo plazo o el impacto en la productividad. En esas circunstancias, el contratista debería resaltar el potencial de los efectos acumulativos de largo plazo y reservar su derecho de reclamar costos o plazo adicional en el futuro.
- **Documente cuidadosamente las reuniones en las cuales se discuten demandas y se toman decisiones.** Durante el período del proyecto, las partes posiblemente aborden y resuelvan muchos de sus reclamos en conexión con construcciones ordinarias o reuniones gerenciales. Por ejemplo, durante esas reuniones ellas pueden modificar las condiciones contractuales, alterar el alcance del trabajo, o acordar el pago, la dispensa o renuncia a ciertos reclamos. Idealmente, ambas partes deberían tomar nota simultáneamente de sus discusiones en un léxico acordado y cada una firmar el documento. Las partes deberían mencionar dónde han tomado decisiones o, alternativamente, dónde han discutido un punto de acción o reclamo pero que no ha alcanzado aún una solución, dejando claro en esa instancia que reservan sus derechos para más adelante.

3. Ordenes de cambio y modificaciones del alcance

Los cambios en el alcance del trabajo y otras variaciones son comunes durante la construcción. Debido a la importancia de mantener el proyecto andando, las partes implementan con frecuencia un cambio antes de que hayan puesto por escrito la orden para hacerlo. Esto con el tiempo puede llevar a disputas acerca de qué han acordado precisamente las partes en aquel momento en relación con el alcance del cambio y sus costos asociados.

Las partes deberían insistir en que todos los pedidos y órdenes de cambio sean documentados simultáneamente de acuerdo con un formato preacordado y acompañados por copias de seguridad respaldando la solicitud y cualquier acuerdo finalmente alcanzado. La mayoría de los contratos de construcción contienen requerimientos específicos detallando el proceso de órdenes de cambio y las copias de respaldo a ser presentados con una solicitud de orden de cambio, a los cuales las partes deben adherir salvo circunstancias especiales. (Ver Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 6.02 (2016-1 cumulative supp.) y por ejemplo, FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* at Sub-Clause 13.3 (1st ed. 1999) (detallando el procedimiento para una variación)).

Cuando se requiere y/o documenta una orden de cambio, se recomienda lo siguiente:

- **Ponga especial atención en el léxico utilizado para documentar requerimientos de órdenes de cambio.** Las disputas surgen con frecuencia allí donde las órdenes de cambio son confusas acerca de su alcance o donde la fijación del precio es dejada abierta para resolver en un futuro. Donde un requerimiento de orden de cambio es vago, ambiguo, o carece de información pertinente, es más difícil para las partes probar cualquier reclamo futuro basado en ese tipo de documentos. Por ejemplo, una orden de cambio debería establecer claramente:
 - Qué clase de cambio comprende;
 - Cómo las partes han acordado valorarla;
 - Las categorías de costos que las partes esperan soportar en relación con el cambio;
 - Si el cambio puede llevar a costos adicionales y desconocidos en un futuro; y
 - Si hay algunas categorías particulares de costos que han acordado compartir o para las cuales una parte ha dispensado su derecho a la compensación.

- **Tome en cuenta el impacto que una orden de cambio puede tener sobre otro trabajo y tenga presente el léxico empleado en una renuncia general de derechos y acciones.** Los formularios de orden de cambio suelen incluir un lenguaje de renuncia de derechos en el cual el propietario puede basarse para sostener que el contratista ha dispensado cualquier otro reclamo relacionado con el cambio. (Ver 2 Philip L. Bruner & Patrick J. O'Connor, Jr., *Bruner and O'Connor on Construction Law* § 7:155 (2015)). Esto se vuelve particularmente problemático cuando la orden de cambio no ha tomado en cuenta el impacto acumulativo o los efectos secundarios del cambio. Al requerir costos asociados con el cambio, evalúe con cuidado el impacto que el cambio tendrá sobre otras tareas, tal como la secuencia de la obra o la eficiencia del trabajo, y documente aquellos costos o resérvese el derecho de reclamarlos en la orden de cambio o en una carta adjunta.

4. Cronogramas de proyecto y peticiones de aceleración

Los cronogramas de proyecto son cruciales para proveer reclamos por demoras en el arbitraje en materia de construcción. Sin embargo los cronogramas no están siempre actualizados para monitorear disputas y maximizar la aptitud de probar demandas potenciales por retardos. Además, las medidas de aceleración son a menudo implementadas sin acuerdo formal sobre su compensación. Dadas las dificultades en monitorear eventos que afectan el cronograma una vez que el proyecto está finalizado, una cuidadosa atención en la planificación puede resultar un componente vital para probar demandas de construcción en un arbitraje.

Las partes deben:

- **Mantener y actualizar regularmente los cronogramas de proyecto.** Es generalmente responsabilidad del contratista actualizar el cronograma y notificar al propietario sobre esas actualizaciones a intervalos regulares o mientras los cambios ocurren. Normalmente las partes mantienen el cronograma en formato electrónico usando software especializado y con reportes accesibles en un formato convenido. Para asegurar continuidad, el contratista debe haber designado personal de planificación en el lugar para actualizar cronogramas, asegurar su exactitud, y compartir regularmente actualizaciones de cronograma con el propietario. El planificador principal debe estar en estrecha comunicación con el equipo negociando cambios y demoras en el

cronograma y debe estar en posición de mantener versiones alternativas del mismo (por ejemplo, acelerados y no acelerados) donde sea necesario. El planificador debe comprender también que los borradores de actualización de cronogramas pueden ser revelados en una disputa.

- **Documente cuidadosamente los pedidos para acelerar el cronograma del proyecto, incluyendo solicitudes implícitas de aceleración.** Las partes deben documentar con cuidado las instrucciones para acelerar a través de actas de reuniones o cartas. Si un contratista cree que está implícitamente instruido a acelerar porque el propietario ha denegado una extensión del plazo (*ver Robert F. Cushman et al., Proving & Pricing Construction Claims* § 4.05 (2016-1 cumulative supp.)) o ha ordenado medidas que darían lugar a una necesidad de acelerar, entonces el contratista debe documentar esa convicción tanto internamente como en correspondencia con el propietario. A la inversa, si un propietario cae en la cuenta de que el contratista está tomando medidas para acelerar pero piensa que no hay motivo para hacerlo, puede enviar una carta solicitando explicaciones por la aceleración o remarcar su posición al respecto.

5. Registro diario, horas de trabajo y reportes del proyecto

Un reclamo por sobrecostos laborales busca compensación por las horas de trabajo adicionales empleadas para satisfacer las demandas de aceleración o compensar por incidentes de retraso, alcance adicional o impactos en el proyecto. La parte que exige esta compensación soporta, en general, la carga de probar el monto debido y que la contraparte es la causa del exceso de costos. (*Ver* 33 Robert A. Rubin et al., *New York Construction Law Manual* § 7:53 (2014)).

Una defensa habitual frente a demandas por sobrecostos laborales se basa en que el contratista no ha vinculado adecuadamente las horas de trabajo adicionales con específicos eventos causados por el propietario. Por ejemplo, el propietario puede objetar estimaciones de horas de trabajo que no están basadas en registros simultáneos como poco fiables u horas acumuladas injustamente en favor del contratista que pueden o no haber sido causadas por aquél. Un propietario puede además argumentar que el contratista no ha vinculado adecuadamente horas adicionales de trabajo “acumuladas” con específicas pérdidas de productividad imputables a aquél.

Pese a que hay otros métodos que pueden ser usados para respaldar este tipo de reclamos, un sólido registro documental puede ser útil y las partes deberían considerar lo siguiente:

- **Mantener registros diarios detallados y reportes.** Además de reportes semanales y mensuales, registros de tareas diarias o reportes de trabajo son a menudo esenciales para probar reclamos por sobrecostos laborales (y muchos otros reclamos sobre construcción) porque permiten a las partes conectar las horas de trabajo con actividades específicas del sitio día a día. Asegúrese de incluir información detallada en los reportes diarios, comprendiendo:
 - La cantidad de trabajadores en el lugar;
 - La cantidad de horas de trabajo empleadas;
 - Una descripción del trabajo llevado a cabo ese día; y
 - Cualquier evento considerable, tal como cambios en la secuencia del trabajo o programa, condiciones en el lugar de trabajo, instrucciones por parte del propietario, interferencias en el proyecto, y condiciones meteorológicas.
- **Evaluar la metodología para monitorear las horas de trabajo y asegurarse de que esto sea aplicado en forma consistente y justificable.** Aunque las metodologías de documentación deben ser razonables y rentables, vale la pena emplear algún tiempo al principio del proyecto para escoger la mejor metodología para monitorear las horas de trabajo y asegurarse de que todos los directores/gerentes que trabajan en las diferentes áreas del proyecto estén familiarizados con aquélla y la estén implementando. Un mutuo acuerdo de las partes sobre esta metodología es ideal.
- **Considerar la contratación de un consultor/experto independiente durante el proyecto.** Un método más riguroso aunque más costoso para documentar costos excesivos y otros reclamos en construcción comprende la contratación de un consultor independiente para monitorear los eventos durante el proyecto. Esta estrategia tiene la ventaja de agregar una visión independiente e imparcial al proceso de documentación. Sin embargo, es importante asegurarse de que el experto se haya formado sus propias opiniones en relación con la apropiada distribución de responsabilidad y costos y no se convierta más tarde en un mercenario. Un propietario puede considerar también la contratación de un consultor independiente para crear un registro

simultáneo de cualquier ineficiencia imputable al contratista mientras éste permanezca en el trabajo, y de ese modo habilitar al propietario para objetar un reclamo de sobrecostos en una disputa.

6. Especificaciones técnicas, dibujos y planos, y aprobaciones de tareas

Las disputas acerca de la calidad o suficiencia del trabajo efectuado pueden ser interpuestas por el propietario como reclamos formales de garantía o como una defensa o contrademanda a una demanda del contratista para obtener compensación adicional. Para el propietario, los documentos que establecen las especificaciones técnicas y diseño requeridas por el contrato son cruciales para probar la falta de conformidad con ellas. Para el contratista, cualquier evidencia de que el propietario aprobó tareas durante el período del proyecto o acordó alterar especificaciones técnicas puede ayudar a la defensa contra esos reclamos.

7. Los documentos que acreditan daños y perjuicios

Una vez que la responsabilidad esté establecida, es necesario darle al tribunal un mecanismo para calcular los daños resultantes de las faltas cometidas por la contraparte. Puede resultar apropiada una consulta con un asesor letrado interno o externo durante el período de la construcción para discutir los métodos disponibles para probar la causalidad y cuantificar los daños, y asimismo asegurar que las partes mantengan cuidadosamente registros apropiados durante el proyecto de la construcción para que más tarde puedan apoyarse en dichos métodos.

En algunas ocasiones, el contrato proveerá un mecanismo específico para calcular los montos a ser pagados por ámbito adicional o cambio en la solicitud de servicio. Esto puede incluir un programa de índices a ser aplicados al trabajo adicional o a una instrucción para hacer referencia al desglose de precios incluido en la licitación original. En otras instancias, el contrato puede no especificar un mecanismo de cálculo para el tipo de daños causados. Hay muchas formas por las cuales las partes pueden escoger para presentar y calcular sus daños en esas instancias, y a menudo un perito puede ofrecer ayuda para crear una tasación objetiva y confiable de los mismos.

Para respaldar una demanda por daños con documentación adecuada, tenga presente lo siguiente:

- **Considere con anticipación los tipos de daños que puedan ser localizados.** Con alguna premeditación, las

- partes pueden anticiparse y mantener las categorías de documentos necesarios para probar sus reclamos específicos. Por ejemplo, un reclamo por lucro cesante basado sobre un trabajo tardío o defectuoso es a menudo respaldado por registros indicando las ganancias que el propietario espera conseguir en caso de un proyecto de pleno rendimiento. (Ver Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 7.15 (2016-1 cumulative supp.)). Las demandas por costos asociados a la terminación o reparación del trabajo dentro del ámbito del contratista pueden ser respaldadas por facturas o contratos (o por ambos) cuando terceras partes sean contratadas para completar el trabajo. (Ver Robert F. Cushman et al., *Proving & Pricing Construction Claims* § 7.12 (2016-1 cumulative supp.)).
- **Establezca y mantenga prácticas regulares para pagos y anticipos.** Las presiones sobre el movimiento de caja durante un proyecto de construcción suelen ser prioritarias en cuanto a la importancia de la documentación. Esto puede ser problemático si una parte no puede relacionar con posterioridad adelantos de efectivo a un cambio específico de las órdenes o los acuerdos sobre costos. Dedique algún tiempo al comienzo del proyecto para discutir internamente y con todas las partes involucradas sobre cómo deberían ser efectuados los requerimientos de pago y los montos intercambiados, y adherir a este formato a través del proyecto.
- **Sea consciente de que los registros contables sensitivos podrían ser útiles posteriormente como respaldo vital para demandas por daños.** Aún cuando los precios de adjudicación proveen una base razonable para la estimación de los daños, los propietarios insisten con frecuencia en que los contratistas deben exhibir sus costos reales a través de la contabilidad u otros registros. Los contratistas pueden ser comprensiblemente reacios a dejar sus libros y registros a disposición de la contraparte, especialmente uno dentro de su ramo y con quiénes podrían algún día hacer negocios nuevamente. Por otra parte, los registros contables pueden también ser útiles como herramienta poderosa donde los costos reales se alinean con algún reclamo o le sirven de respaldo. Es importante estar al tanto de la importancia que los registros contables pueden tener en caso de una disputa y para planificar como corresponde.

Conclusión

Las disputas internacionales sobre construcción seguirán creciendo en complejidad e importancia, y el registro del proyecto seguirá siendo crucial para la habilidad de un tribunal arbitral internacional en descifrar y resolver dichas disputas. Con alguna planificación anticipada, atención a métodos para documentar, y énfasis en la importancia de mantener registros simultáneos, claros y rigurosos a través del período del proyecto, las partes pueden reforzar significativamente su posición en un arbitraje en materia de construcción. Además se beneficiarán de un significativo ahorro en tiempo y costos al evitar reconstrucciones del registro del proyecto a posteriori. Los árbitros, uno a uno, se beneficiarán en evaluar los reclamos y las defensas de las partes refiriendo a la documentación que evoque las intenciones y expectativas que las partes tenían al momento en que los hechos que dieron lugar a la disputa realmente ocurrieron.

Este artículo es una traducción del original publicado en inglés en Practical Law (Jennifer Permesly & Tania Cohen with Practical Law Arbitration, *Practice Note*, [International Arbitration Involving Construction: Best Practices for Documenting Claims and Defenses](#) (2016).

SOBRE LAS AUTORAS



Jennifer L. Permesly

SOCIA

tel: +1 212 257 6941
j.permesly@chaffetzlindsey.com

[Jennifer Permesly](#) se especializa en arbitraje internacional con énfasis en Latinoamérica. Ella regularmente representa a clientes en arbitrajes en materia de construcción.



Tania Cohen

ASOCIADA

tel: +1 212 257 6949
t.cohen@chaffetzlindsey.com

[Tania Cohen](#) se especializa en arbitraje y litigios, y ha participado en algunos arbitrajes internacionales en materia de construcción muy importantes.

Chaffetz Lindsey LLP
1700 Broadway, 33rd Floor, New York, NY 10019
tel: +1 212 257 6960 | fax: +1 212 257 6950

CHAFFETZ LINDSEY LLP es un bufete de abogados que se dedica a la resolución de disputas, con sede en Nueva York. Para más información sobre nuestra firma, por favor ver: www.chaffetzlindsey.com.

The information provided in this article is not intended to, and does not, constitute legal advice or create an attorney-client relationship. You should not take, or refrain from taking, any action based on any information in this flyer without first consulting a lawyer about your particular situation.

© Chaffetz Lindsey LLP 2016.