



**Antonio Iribarren - CIC, CEIC®**  
Socio Fundador de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

## **CONDICIONES DE SITIO DIFERENTES (3 de 4)**

Análisis del derecho del Contratista de construcción, a recuperar sus daños, como resultado de Condiciones del Sitio Diferentes.



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

## 4 AUSENCIA DE CLÁUSULA CSD EN EL CONTRATO

En ausencia de una cláusula de CSD en el contrato, los principios que pueden proporcionar al Contratista una base para la recuperación de daños costos/plazo de una CSD, son: 1) tergiversación, 2) fraude, 3) incumplimiento de contrato, 4) otras teorías (error mutuo, conocimiento superior y enriquecimiento injusto).

### 4.1 Tergiversación

El Contratista puede recuperar los costos adicionales asociados con las condiciones adversas del subsuelo, **si es que puede demostrar que los datos proporcionados por el Mandante tergiversaron las condiciones reales encontradas**. Los elementos clave requeridos para probar la tergiversación incluyen: 1) el Contratista se basó justificadamente en la información representada en los documentos del contrato, 2) las condiciones reales encontradas diferían materialmente de las condiciones indicadas en los documentos del contrato, 3) el Mandante ocultó información erróneamente que era importante para el desempeño del Contratista, y 4) el Contratista incurrió en mayores costos de rendimiento debido a las condiciones encontradas.

Para establecer el punto 1 anterior -de que la confianza del Contratista en la información presentada en el contrato era justificable-, los Decisores normalmente consideran tres factores:

1. Se revisará la redacción de la representación con respecto a las condiciones del subsuelo incluidas en el contrato, para determinar si es una representación de las condiciones del sitio. Cuanto más definitiva/positiva sea la representación, más probable es que los Decisores encuentren que el Contratista se basó justificadamente en los datos proporcionados,
2. Se revisará el lenguaje de la exen-

ción de responsabilidad (asumiendo que el Mandante incluyó una exención de responsabilidad en el contrato), para determinar si la redacción es general o específica. Cuanto más específica sea la redacción, menos probable es que el Decisor encuentre una confianza justificada.

En ciertos casos, los Decisores han sostenido que se puede confiar en las representaciones positivas con respecto a los datos del subsuelo, a pesar de la presencia de una cláusula que niega cualquier responsabilidad por la precisión de esas declaraciones.

3. Se considerará -para determinar si la confianza del Contratista estaba justificada- si realizó una inspección del lugar antes de la licitación. Los Decisores determinarán si una investigación razonable del sitio habría revelado las CSD que realmente se encontraron. De lo contrario, lo más probable es que el Contratista se vea liberado de su responsabilidad contractual de inspeccionar el sitio y, **por lo tanto, se le permitirá recuperar el aumento de los costos de ejecución**.

### 4.2 Fraude

El fraude y la tergiversación son dos teorías legales relacionadas: la diferencia clave es que, para probar el fraude, el Contratista debe demostrar que se incluyeron intencionalmente errores o inexactitudes con los datos del subsuelo con el fin de obtener una oferta más baja.

El Contratista tiene la carga de mostrar una declaración expresa en los documentos del contrato que demuestre que el Mandante intentó engañar al Contratista. Sin embargo, algunos Decisores han relajado este requisito. En esos casos, si el Contratista puede probar que el Mandante sabía una cosa y representaba otra, los Decisores han proporcionado el factor de co-

nexión e inferido la intención indebida necesaria.

#### **4.3 Incumplimiento de Contrato**

Otra vía potencial de recuperación para el Contratista, es alegar un incumplimiento de contrato basado en declaraciones falsas. **Si el Contratista puede probar que el Mandante ocultó información sobre las condiciones del sitio, puede tener éxito en un Claim por incumplimiento de contrato.**

Cualquier acción por incumplimiento, debe basarse en una representación positiva del Mandante en lugar de una mera sugerencia. Además, el Contratista debe demostrar su confianza y cumplimiento de los documentos contractuales defectuosos del Mandante en la preparación de la oferta y rendimiento laboral.

#### **4.4 Otras Teorías**

Los Decisores han establecido que, si un Mandante posee un conocimiento especial que es vital para la ejecución

de un contrato, pero el Contratista ignora esa información y la información no está disponible para el Contratista, entonces el Mandante tiene el deber de revelar su conocimiento superior. Para presentar un Claim basado en un conocimiento superior, el Contratista debe establecer lo siguiente: a) el Mandante no reveló hechos que tenía el deber de revelar, b) el Mandante sabía que el Contratista actuaría en consecuencia la información falsa o incompleta proporcionada, c) el Contratista confió en el Mandante para revelar toda la información pertinente, y d) el costo de ejecución del Contratista aumentó como resultado de no tener el conocimiento superior.

**Por lo general, el Mandante tiene el deber de divulgar información sin una solicitud específica del Contratista.** Sin embargo, algunos Decisores han sostenido que el Mandante no tiene la obligación de divulgar toda la información en su poder, a menos que el Contratista haga una solicitud específica.