



ANTONIO IRIBARREN CIC®-CEIC®
Socio Fundador de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE UNA SOLICITUD DE COMPENSACIÓN Y UNA SUMISIÓN FORMAL EN LOS DABS

22 Abril 2024



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Este documento busca hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto que son la Solicitud de Compensación y una Sumisión Formal, para encontrar áreas de coincidencia y cerrar el gap del desconocimiento generalizado entre ambas: probablemente no haya consenso, pero provocar la discusión nos llevará a cerrar esa brecha.

El Contexto

En una relación contractual entre privados, una Solicitud de Compensación es un documento técnico, que constituye el requerimiento de compensación (normalmente, económica y de plazo); y en una relación contractual entre el estado y privados, una Sumisión Formal/*Formal Referral*¹ se puede decir que es el evento de iniciar un proceso formal de solicitud de definición a un DAB², asociada a una disputa.

Sobre los mecanismos (técnicas, herramientas, metodologías) para enfrentar controversias o desviaciones contractuales, no es prolífico ni contundente lo que se difunde por las redes, y todo se centra en los DBs: me permito transcribir algunos conceptos vertidos por algunos connotados Ingenieros y Abogados miembros de DABS:

- *En la actualidad existe un desorden en cuanto a los roles de los Abogados en los DABS³.*

- *El DB no se regula por un marco legal, sino por el contrato y los procedimientos por las reglas de procedimiento de la ICC: la función preventiva de los DB es la principal.*
- *La DB tiene como la característica de ser preventiva, consultiva y decisoria⁴.*
- *Imprescindible las habilidades blandas.*
- *La función preventiva implica mucho más tiempo y mucho más esfuerzo⁵ que el emitir una decisión: es trabajar con las partes, con sus prejuicios, con sus intereses, con sus deseos, con sus metas y tratar de juntarlas.*
- *Hay muchos actores que tienen una idea errónea de lo que es el DB: el otro día escuché a alguien que creía que Latinoamérica tenemos esta mala costumbre de siempre buscar la naturaleza jurídica de las cosas.*
- *La regulación FIDIC 2017 con la incorporación de los "Dispute Avoidance Adjudication Boards", innova dándole un enfoque más preventivo a la gestión del proyecto⁶, a la gestión del contrato⁷.*
- *La gama de actuación de DB varía entre el 70-80% de su labor es preventiva.*

1 NOTA: Para una correcta y exacta interpretación del contexto del Reglamento de la ICC para los DABS, todas las palabras en cursiva se refieren a la versión original en inglés. En este caso, la fuente original Rules ICC, *Formal Referral* fue traducida a la versión castellano como Sumisión Formal, ídem con *Disputes-Desavenencias, Avoidance-Prevención, Disagreement-Desacuerdo, Statement of Case-Exposición de la Demanda, Claim-Demanda*.

2 Art. 5 del Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards: Los Dispute Adjudication Boards (DAB) pueden ayudar a las Partes a evitar Desacuerdos, a resolverlos a través de una asistencia informal y emitiendo Conclusiones sobre las Desavenencias/*Disputes* en caso de sumisión formal/*formal referral*. En las sumisiones formales, dictan Decisiones relacionadas con las Desavenencias/*Disputes*.

3 La realidad muestra que los Abogados tienen un rol sobredimensionado en los DABS. Según muchos -dentro de los que me incluyo- el rol de los abogados debiera circunscribirse a resolver vía interpretación contractual, temas tales como el principio de la buena fe, la teoría de la imprevisión, el carácter conmutativo, colaborativo y relacional del contrato y a las razones subyacentes de la normativa que lo regula.

4 Según quién efectúa esta aseveración, fue inferido de los Art 16 y 17 del Reglamento Relativo a los DBs de la ICC 2015.

5 Es totalmente claro para los expertos y entendidos en el tema prevención.

6 Los proyectos NO son sujetos de DBs, Claims o Arbitrajes: SI los contratos.

7 *Avoidance* significa EVITAR, que es distinto de PREVENIR: un enfoque más de evitar es lo correcto, pero nunca a la GESTION del proyecto.

- *Más allá de su perfil técnico, deben fortalecer sus habilidades en la prevención del conflicto, teniendo en cuenta que los miembros del DB administran las relaciones entre las partes y realizan la coordinación externa e interna con las partes y los compañeros del mismo panel, los expertos del DB tienen como misión hacer entender a las partes que los desacuerdos provienen en el contrato.*

Propósito

Comprender, analizar y hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto lo que es una Solicitud de Compensación y una Sumisión Formal, para buscar áreas de coincidencia y cerrar el gap del desconocimiento generalizado entre ambas.

Definiciones

Son dos palabras que examinar y reconocerles de forma previa, algunas características sine qua non y ad-hoc a los DBs⁸ de los contratos de los proyectos en construcción: Solicitud de Compensación y Sumisión Formal. Las definiciones más certeras y razonables a mi manera de entender son:

- Solicitud de Compensación, documento que constituye el requerimiento de compensación, normalmente, económica y de plazo: es el instrumento mediante el cual, cual-

quiera de las partes podrá solicitar la cantidad de "recursos" que satisfacen o compensan, las desviaciones, respecto de su propio plan y/o expectativa de retornos monetarios, invocando las causales que ocasionan las desviaciones.

- Sumisión Formal. No existe una definición como tal en el Reglamento de la ICC⁹ relativo a los Dispute Boards¹⁰ (versión en castellano vigente a partir del 1º de octubre de 2015, con los Apéndices vigentes a partir del 1º de octubre de 2018), ni tampoco en el *ICC Dispute Board Rules (in force as from 1 October 2015, with Appendices in force as from 1 October 2018)*, ambas publicadas en octubre 2022.

No obstante, una definición común adoptada por los actores de los DB en habla castellana es "el acto por el cual una de las Partes somete formalmente una Desavenencia¹¹ a un DB con el fin de obtener una Recomendación o Decisión, dentro de los plazos establecidos".

Como es imprescindible contemplar el ámbito en que se desenvuelven las Dispute Boards (DB), comparto -del Artículo 2, Reglamento relativo a los DBs en castellano¹²- las siguientes definiciones (en cursiva la definición en inglés):

- **Conclusión:** una Recomendación o una Decisión emitida por escrito por el DB según se describe en el Reglamento.

8 Dispute Board (DB): un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo/*disagreement* o desavenencia/*dispute* que pudiera surgir durante la aplicación del contrato.

9 ICC: es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato.

10 Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards: consiste en una completa serie de disposiciones para la constitución y el funcionamiento de los DBs.

11 Constatamos una y otra vez, la falta de prolijidad en la traducción de palabras anglosajonas basadas en Google traductor o potentes diccionarios inglés-español (Cambridge, Linguee, otros), en vez de hacerlo basado en el "seniority" que probados especialistas y expertos realizan en la traducción de palabras y términos anglosajones: como ustedes saben colegas, no sirve de mucho ser "bilingüe" cuando se trata de traducir documentos de orden técnicos. Este problema se torna crítico, cuando el lenguaje utilizado ha sido traducido a discreción, sin un hilo conductor y cohesivo, que permita entender claramente el concepto en su conjunto.

12 Previo al prefacio del Reglamento en castellano: "traducciones se proporcionan únicamente para su conveniencia, y **no deben considerarse como documentos oficiales**"

- **Desacuerdo/*disagreement*¹³:** toda diferencia entre las Partes derivada del Contrato o relacionada con el mismo que todavía no se haya convertido en una *Desavenencia/dispute*, incluyendo los Desacuerdos sujetos a *prevención/avoidance* en virtud del Artículo 16 del Reglamento o a asistencia informal conforme al Artículo 17 del Reglamento.
- **Desavenencia/*Dispute*¹⁴:** todo Desacuerdo que se somete formalmente a un DB para una Conclusión según los términos del Contrato y de acuerdo con el Artículo 18 del Reglamento.

Por otro lado, también es cierto que como todo no se circunscribe sólo al ámbito DABs, me permito compartirles las siguientes definiciones asociadas a las Solicitudes de Compensación:

- **Disputa:** Es un desacuerdo entre el mandante y el contratista, que se genera durante la ejecución del contrato, respecto a algún concepto controversial: asume el carácter de Controversia al interior del contrato, o Conflicto en el nivel facultado superior del contrato. Puede adquirir diferentes nombres según usos y costumbres locales: Disputa, Controversia, Conflicto, Desavenencias, Desacuerdos. Según la AACE, *Dispute* es un desacuerdo entre el *Owner* y el contratista en cuanto a una cuestión de hecho o de interpretación del contrato que no puede resolverse a satisfacción mutua de las partes.
- **Controversia:** Discusión reiterada entre los ingenieros administradores de contrato/gerentes de proyecto (según uso y costumbre local) de las

partes, que defienden opiniones contrarias respecto de algún concepto controversial: el "kit 1 de mecanismos" -técnicas, herramientas, metodologías- para cuantificar, discutir y concordar, son los mismos para ambas partes.

- **Conflicto:** Concepto controversial que luego de ser gestionado, no se ha resuelto, se mantiene como tal y "sube" al nivel facultado superior del contrato: "kit 2 de mecanismos" -técnicas, herramientas, metodologías- para cuantificar, discutir y concordar, son los mismos para ambas partes.

Algunos aspectos previos importantes

- En el ámbito de la Construcción, aún hay quienes sostienen que Proyecto¹⁵ y Contrato¹⁶ son sinónimos y que da lo mismo el uso de cualquiera de ellos, porque "se entiende y eso es suficiente". Sin embargo, un Proyecto no es un Contrato: son dos cosas distintas y existen diferencias importantes. Resumidamente, un proyecto es un emprendimiento (que se puede resumir en una suma de contratos) y un contrato es un acuerdo legal.
- El Contrato se debe Planificar, Organizar, Ejecutar, Controlar y Coordinar por cada parte, es decir ADMINISTRAR según la condición de Mandante o Contratista y según sus intereses. Tanto el Mandante como el Contratista administran el contrato con finalidades y objetivos similares: cumplimiento del alcance, del plazo y el presupuesto, así como la identificación temprana de controversias, etc.

13 "*Disagreement*" means any difference between the Parties arising out of or in connection with the Contract that has not yet become a *Dispute*, including *Disagreements* that are subject to *avoidance* under Article 16 of the Rules or informal assistance under Article 17 of the Rules"

14 "*Dispute*" means any *Disagreement* that is formally referred to a *Dispute Board* for a *Conclusion* under the terms of the Contract and pursuant to Article 18 of the Rules.

15 Según AACE, Proyecto es un emprendimiento temporal con un objetivo específico que debe cumplirse dentro del tiempo prescrito y limitaciones monetarias y que ha sido asignado para su definición o ejecución.

16 Según AACE, Contrato es un acuerdo legal entre dos o más partes, que pueden ser de varios tipos (*la suma de los contratos es el proyecto*).

- Administrar un Contrato es administrar un “Negocio” y la gestión por el resultado del negocio queda en manos de una sola persona de principio a fin: el Ingeniero Administrador de Contrato/Gerente de Proyecto, según uso y costumbre local.
- En cualquier momento se pueden producir diferencias de opinión durante el ciclo de vida de un contrato, independientemente de su tamaño, tipo y ubicación. Conceptual y cronológicamente el camino que sigue una “desviación” hasta llegar a Arbitraje/Juicio es el siguiente:
 - o Iniciados los trabajos después de la firma del contrato, se generan las Solicitudes de Órdenes de Cambio
 - o Solicitudes de Órdenes de Cambio denegadas, normalmente se transforman en Solicitudes de Compensación
 - o Solicitudes de Compensación en que no se logra converger a un acuerdo satisfactorio entre las partes (en el ámbito de los Administradores de Contrato/Gerente de Proyectos del Mandante/Contratista), escalan a los niveles facultados, transformándose en Claims y
 - o Claims que no se resuelven, devienen en Arbitrajes o Juicios, que requieren Peritajes.
- En general, en el mundo privado la SdeC tiene un camino de análisis contractual/constructivo/ingenieril¹⁷. Este análisis -que se suele llamar Técnico- comprende la revisión pormenorizada de los documentos contractuales, cambios en el alcance, cronograma línea base, valor de

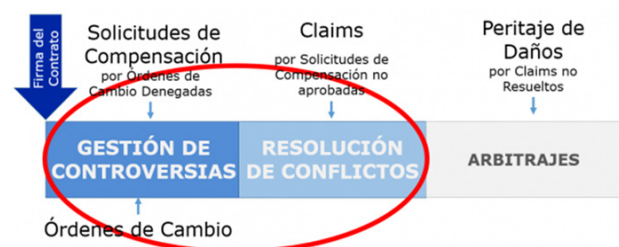
las partidas, información generada durante el desarrollo de la relación contractual, los aumentos de obra, etc., ámbito reservado para ingenieros especializados.

- ¿Por qué es menester examinar la génesis de las denegaciones de las ordenes de cambio, las Solicitudes de Compensación no aprobadas?, puesto que los mecanismos (técnicas, herramientas y metodologías) que permiten zanjar esas desviaciones contractuales/constructiva/ingenieriles, asociadas a cambios en el alcance, atrasos en el cronograma y sobrecostos en los Contratos (análisis de daños costos/plazo, Relaciones Causa-Efecto que muestren el impacto), son las mismas para el Mandante como para el Contratista y normalmente no se aplican en los contratos.

Solicitud de Compensación (SdeC)

Es el instrumento mediante el cual, cualquiera de las partes podrá solicitar la cantidad de “recursos” que satisfacen o compensan, las desviaciones o no consideraciones, respecto de su propio plan y/o expectativa de retornos monetarios, invocando las causales que ocasionan las desviaciones.

Gráficamente se muestra en “Disputas desde Orden de Cambio a Peritaje” siguiente:



Las mejores prácticas recomiendan estructurar la SdeC de la siguiente forma:

¹⁷ Análisis Contractual/Constructivo/Ingenieril: técnicas, herramientas y metodologías que permiten zanjar controversias y/o mejor controlar/mitigar los problemas asociados a desviaciones en el alcance, atrasos en el cronograma y sobrecostos en los Contratos (análisis de daños costos/plazo, Relaciones Causa-Efecto que muestren el impacto), son los mismos para el Mandante como para el Contratista y normalmente no se aplican en los contratos.

- Resumen Ejecutivo: se desarrollan las ideas generales y específicas que fundamentan la solicitud y apuntan a informar sobre los resultados a compensar.
- Cuadro de Valorización: resumen de los montos y cantidades que han sido determinadas respecto de los diferentes eventos que dan nacimiento al derecho del Contratista o el Mandante a ser retribuidos y compensados.
- Hipótesis: se desarrollan los conceptos plausibles de ser compensados. Se trata de una Hipótesis, ya que la presentación de la solicitud se basa en "hechos" a partir de unos datos que sirven de base para iniciar una investigación. Esto en atención a que las responsabilidades en tanto no se acuerden por las partes, son interpretativas (hipotéticas).
- Capítulos: contienen la solicitud a compensar expresados -normalmente en dinero y plazo-, por cada concepto que se formula y los fundamentos de éstos. Dada la cantidad de materias que se pueden levantar como controversias, es conveniente agruparlos por Naturaleza del concepto así, por ejemplo:
 - o Aspectos de Gestión de Obra
 - o Aspecto de Mano de Obra
 - o Aspectos Técnicos
 - o Aspectos del Sitio y del Subsuelo
 - o Aspectos Planificación y Programación
 - o Aspectos Avance Físico: Recuperación de Atrasos/Aceleración / Reprogramación
 - o Aspectos Aportes: del Contratista/del Mandante
 - o Trastornos de Obra o Disruption
 - o Aspectos Financieros. Costos, Estados de Pago/Valorizaciones, etc.

- Anexos: incluyen los documentos más relevantes que justifican la SdeC, con respaldos contemporáneos y trazables de las materias sobre las cuales se busca compensación.

Respuesta a la SdeC

Normalmente la otra parte define su Posición respecto de cada punto materia de la SdeC, para lo cual se debe revisar y analizar con acuciosidad, TODA la información parte de la SdeC. En general la respuesta a la SdeC tiene una estructura del tipo:

- Contexto: responde basado en las cláusulas del contrato y los compromisos formales asumidos por la parte "reclamante".
- Hechos, Posiciones, Valoración: se constata vía numérica, la aceptación/rechazo de lo solicitado, manifestándose entonces la posición de la otra parte.
- Conclusión: determina que aspectos y porque se aceptan/rechazan.

Los criterios más comunes que aplican:

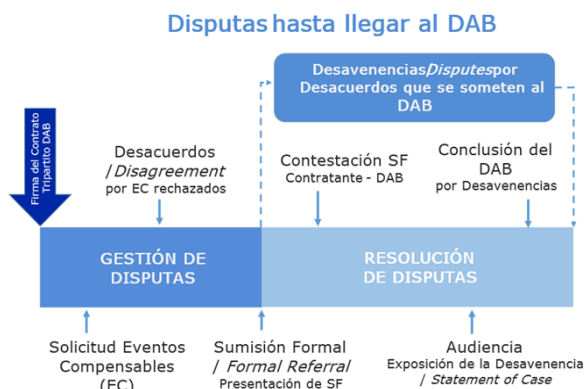
- Conocer lo señalado en el articulado del contrato y sus documentos de respaldo.
- Revisar con detenimiento y rigurosidad, los antecedentes de sitio/terreno que respaldan las hipótesis en la que se basa la SdeC: comprobación y determinación de los hechos vía la verificación de fechas, cantidades, instrucciones, interferencias, etc., asociada a los conceptos que buscan ser compensados.
- Verificar que los cálculos que respaldan los números -normalmente planillas Excel- son correctos, no hay duplicidad, ni uso de mal indicadores de rendimiento o que no existen en la documentación contractual, ni errores del tipo que sea (tipografía, por ejemplo).

- El trabajo de responder una SdeC es responsabilidad de todo el equipo del contrato, dirigidos por su Administrador y demanda importantes tiempos de dedicación.

Sumisión Formal/*Formal Referral*

Pese a no existir una definición como tal en el Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards en su versiones en castellano e inglés (algunos declaran que se puede “deducir/interpretar” del Art 18¹⁸ Sumisión Formal/*Formal Referral* para una Conclusión), una definición común adoptada por los actores de los DB en habla castellana es “el acto por el cual una de las Partes somete formalmente una Desavenencia/*Dispute* a un DB con el fin de obtener una Recomendación o Decisión, dentro de los plazos establecidos”.

Gráficamente se muestra en “Disputas hasta llegar al DAB” siguiente:



Según lo estipulado en el Reglamento en su Art. 19 “Exposición de la Demanda/*Statement of Case*”, para someter una Desavenencia/*Dispute* al DB, una de las Partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita concisa de la Desavenencia /*Dispute* (la Exposición de la Demanda/*Statement of Case*), que debe incluir:

- Una descripción clara y concisa de la

naturaleza y de las circunstancias de la Desavenencia/*Dispute*.

- Una lista de los asuntos sometidos al DB para una Conclusión y una exposición/*statement* de la posición de la Parte solicitante sobre estos asuntos, incluyendo todos los elementos pertinentes de hecho o de derecho.
- Un justificante relevante que fundamente la posición de la Parte solicitante como documentos, dibujos, programas (*cronogramas*) y correspondencia.
- Una exposición de las pretensiones, junto con el monto de cualquier demanda/*Claim* cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de cualquier otra demanda/*Claim*.
- Cualquier solicitud de medidas provisionales o cautelares...

Algunos índices de materias de SF que he tenido a la vista, son los siguientes:

- Petitorio
- Alcance y Antecedentes de las Pretensiones sometidas al DAB
- Análisis de los Hechos
- Fundamentos de la Posición del Contratista
- Sustento del Cálculo y Cuantificación de las Pretensiones
- Anexos

Respuesta del Contratante a la SF

La otra parte, normalmente define su Posición respecto de cada punto materia de la SF, para lo cual la experiencia indica que se debe revisar y analizar con acuciosidad, TODA la información parte

18 Art 18: toda Parte puede someter formalmente, en cualquier momento, un Desacuerdo al DB para una Conclusión. A partir de ese instante, el Desacuerdo se convierte en una Desavenencia/*Dispute*. Durante la sumisión forma/*formal referral*, no habrá conversaciones informales ni reuniones por separado entre ningún Miembro del DB y cualquier Parte relacionada con alguno de los asuntos cubiertos por la sumisión formal/*formal referral*.

de la SF. La respuesta a la SF debiera tener una estructura igual o muy similar a la de la respuesta a la SdeC.

Conclusión del DAB

Según lo estipulado en el Reglamento en su Art. 24 "Contenido de una Conclusión", las Conclusiones deben indicar la fecha de su emisión y exponer las pronunciaciones del DB, así como las razones en que se fundamentan. Las Conclusiones pueden incluir igualmente los elementos que figuran a continuación, sin limitaciones y sin seguir forzosamente el mismo orden:

- Un resumen de la Desavenencia/*Dispute*, de las posiciones respectivas de las Partes y de la Conclusión que se solicita
- Un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato
- Una cronología de los hechos relevantes
- Un resumen del procedimiento seguido por el DB, y
- Una lista de los escritos/*submissions* y de los documentos proporcionados por las Partes durante el procedimiento

Algunos índices de materias de Conclusiones del DAB que he tenido a la vista, son los siguientes:

- Antecedentes
- Disputa
- Ley aplicable
- Idioma
- Procedimiento y Programación
- Documentos probatorios
- Historial/Antecedentes de Disputa
- Reclamo del Contratista y Posición

del Contratante

- Hechos No Controvertidos
- Declaración/Exposición del Caso por el Contratista
- Respuesta del Contratante
- Determinación de los hechos
- Conclusión

Conclusiones

- Una Solicitud de Compensación es un documento técnico que constituye un requerimiento de recursos sustentados y valorizados, para compensar una desviación en disputa -basados en su excusabilidad/compensabilidad- en un ámbito reservado para ingenieros especializados.
- Una Sumisión Formal es un documento jurídico-técnico que constituye un requerimiento de decisión respecto la excusabilidad (y su compensabilidad asociada, pero no la valorización), para una disputa en un ámbito predominantemente "abordado" por abogados.
- Dejo para sus propias conclusiones, las respuestas los siguientes hechos y preguntas abiertas:
 - o Asociado a las SF, los abogados en Latam (particularmente en el Perú) han asignado a los DABs una tremenda importancia: a ojo del observador acucioso y agudo, ¿creen que es perfectible la traducción no oficial del inglés al español¹⁹ del Reglamento ICC sobre los DABs vs 2015, para los términos detallados en la nota al pie N° 1 de este documento?
 - o ¿Cuáles son los beneficios y las restricciones de contratar a un tercero que es ajeno al Contrato, para que elabore las SFs al DAB?

19 Previo al prefacio del Reglamento en castellano: "La versión en inglés del Reglamento constituye el texto original traducciones se proporcionan únicamente para su conveniencia, y **no deben considerarse como documentos oficiales**"

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE UNA SOLICITUD DE COMPENSACIÓN Y UNA SUMISIÓN FORMAL EN LOS DABS

- o En las SFs a DBs en Perú, ¿es necesaria la participación de los abogados?²⁰ ¿Cómo se articulan los abogados y los ingenieros para la elaboración y sustentación de una SF?
- o ¿Las SFs comprenden aspectos solamente técnicos, de cuantificación de impacto en costo y plazo, o también hay aspectos legales relevantes?
- o ¿Existe un consenso respecto a lo que son las Sumisiones Formales y Solicitudes de Compensación y sus procedimientos?

20 Participación de los abogados (*transcrito de una participación pública del connotado ingeniero peruano Carlos López A., cuando se le preguntó sobre la participación de abogados en procesos de DBs*):

“El grado de participación llamados indirectos, son las áreas legales de los abogados en estas en estas lides. El solo hecho de que (en este webinar) haya más abogados que ingenieros, demuestra cuál es la concepción que tienen sobre estos mecanismos: esto no es un mecanismo legal, no es un arbitraje.

Antes de decir cuál debe ser el grado de participación, ¿deben participar los abogados, o no deben participar? Las controversias en los contratos de ejecución de obra en un 90% y tal vez más, son de origen técnico, la génesis del conflicto nace en una situación técnica y los abogados no están en la capacidad de analizar el punto técnico en conflicto, sino solamente sus consecuencias contractuales: la formación que los abogados tienen, es de resolver el conflicto de la discrepancia, no de la solución y además los ingenieros estamos acostumbrados a resolver en el campo en el momento en que la obra se está ejecutando las situaciones que se van presentando, Resumiendo, ¿deben participar? ¡Sí! pero de lejos.”