

1era Edición

Demora concurrente: Propuesta de Solución a una responsabilidad compartida

José Andrés Lama



Demora concurrente: Propuesta de solución a una responsabilidad compartida¹

Concurrent delay: Proposed solution to a shared responsibility²

Any contractual operation has a risk, which can be assumed by one of the parties, as agreed. In this context, it is common for cases of delays due to concurrent causes imputable to both parties, which can generate a high difficulty when assigning the risk.

In this article, the author explains, from a comparative perspective, the different possibilities of solution in front of cases related with the concurrent delay controversies. It analyzes the various doctrines developed both in the Civil Law tradition and in the Common Law.

KEY WORDS: Contractual responsibility; Contracts; Risk allocation; Common Law.

Toda operación contractual conlleva un riesgo, el cual puede ser asumido por una de las partes según lo convenido. En ese contexto, es habitual que se presenten casos de demora (por causas concurrentes imputable a ambas partes, lo cual puede generar una gran dificultad al momento de asignar el riesgo.

En el presente artículo, el autor explica, desde una perspectiva comparada, las diferentes posibilidades de solución frente a las controversias relacionadas con la mora concurrente. Se analiza las diversas doctrinas desarrolladas tanto en la tradición del Civil Law como del Common Law.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad contractual; mora; contratos; asignación de riesgos; Common Law.

¹ Texto elaborado a propósito de la exposición “*Concurrent Delay in International Projects. A comparison between English, Scottish and Peruvian Law*”. Exposición efectuada por el autor el 12 de octubre de 2015 en el Estudio Börgers, en la ciudad de Berlín, Alemania.

El autor realiza un reconocimiento a Matthew Cocklin: por sus aportes e ideas en el desarrollo del presente trabajo. Fue altamente provechoso su punto de vista en la discusión de los distintos enfoques aportados hasta el momento por la doctrina.

Igualmente, el autor brinda reconocimiento a Jan-Bertram Hillig: amigo y colega del estudio de abogados Böergers de la ciudad de Berlín, Alemania. Mediante Jan-Bertram el estudio Börgers me invitó a la exponer sobre demoras concurrentes el 12 de octubre 2015 en la ciudad de Berlín. Las propuestas de Jan-Bertram fueron valiosas para la elaboración del presente trabajo. Dicha exposición fue la base del presente artículo.

² Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho (LL.M.) de la Construcción por la Universidad de Strathclyde de Reino Unido. Profesor de la Universidad del Pacífico en el Curso de Especialización en Derecho de la Construcción y de la Universidad de Ciencias Aplicadas – UPC en el curso Aspectos Legales en la Construcción. Miembro fundador y director ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Contacto: jalamab@gmail.com.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 14 de diciembre del 2016, y aceptado por el mismo el día 20 de enero del 2017.

“Aunque la cadena es larga, cada eslabón suena a cosa cierta”

Sir Arthur Conan Doyle

Dedico el presente artículo a mis padres

I. INTRODUCCIÓN

Son diversas las controversias generadas durante la ejecución de un proyecto de construcción, generándose mayor nivel de conflicto en casos donde no existe una sola vía de solución o no se tienen claros los caminos por optar. El mencionado ambiente se dificulta no sólo por la confluencia de distintas disciplinas en proyectos de esta naturaleza, sino, además, porque la controversia se basa en determinar una porción de responsabilidad en casos donde concurren dos (o más) actos propiciados por cada parte contratante y que generan a la vez una misma demora. Esto ocurre en lo que denominamos demora concurrente, tema discutido en diferentes jurisdicciones y al que se ha atribuido diferentes métodos de solución.

En nuestro país la demora concurrente no ha sido tratada de modo sistemático y ha podido ser materia de negociación entre contratantes sin un análisis profundo sobre las distintas aristas que involucra dicha circunstancia. Diversas cortes extranjeras han tenido pronunciamientos disímiles y en ciertos casos controversiales; no sólo por la complejidad en el análisis de hechos que esto suscita sino, además, por la importancia de establecer un determinado resarcimiento considerando a ambas partes contratantes responsables de una misma demora.

El presente artículo tiene por finalidad proponer un procedimiento de solución ante una demora concurrente acorde a nuestro sistema jurídico, partiendo de la doctrina nacional y extranjera, considerando también diversos pronunciamientos provenientes de juntas de solución de disputas (conocidos también como *dispute boards*), de tribunales arbitrales y de cortes judiciales proveniente de otras jurisdicciones. Revisaremos en esta aventura, diversas fuentes pertenecientes al sistema del *Common Law*, con el fin de encontrar elementos comunes que nos ayuden a determinar los posibles escenarios a los que nos enfrentamos con el objetivo de alcanzar una solución adecuada, no sólo a las partes en discusión, sino, además, a la industria en su conjunto.

A. Primer Escenario

Para iniciar esta interesante discusión y como paso previo a la revisión del concepto de demora concurrente, deseo proponerles un ejemplo basado en hechos de la vida real. Durante la construcción de un puente como parte de una vía de acceso a una central hidroeléctrica, y específicamente, durante los trabajos de preparación del terreno para la construcción de los terraplenes, el contratista C descubre un conjunto de restos arqueológicos que le impide la consecución de los trabajos programados hasta el despeje total de éstos, según la normativa de protección de bienes históricos³. El inicio de los trabajos de corte de terreno estaba programado para el día siguiente al descubrimiento mencionado. Según el contrato, será Y el responsable en asumir los riesgos arqueológicos, encargándose del procedimiento respectivo ante la Autoridad Administrativa de llevar adelante las coordinaciones técnicas para el correspondiente

³ De acuerdo a la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, se requiere proteger los bienes culturales al momento de su descubrimiento.

levantamiento de éstos en el sitio. La empresa Y por lo tanto asumía la responsabilidad de cubrir cualquier impacto que sufra el proyecto a consecuencia de dicho evento en tiempo y costo. El despeje total de restos arqueológicos no iba durar menos de 10 días.

Como vemos en el gráfico (1), desde el día 1 la obra es impactada por el evento arqueológico mencionado, el cual afectó directamente las actividades de corte de terreno, la ejecución del rocaplen y piedraplen, en un total de 10 días. Asimismo, Y conoció con antelación al evento arqueológico que C no podía contar con la maquinaria a tiempo, teniendo un atraso inusual de 13 días debido a un grave inconveniente de transporte. Según el contrato, la entrega oportuna de la maquinaria y materiales en el frente de obra es de entera responsabilidad de C. Debido a la lejanía de la localidad en donde se encuentra la obra, la llegada de la maquinaria no puede efectuarse en menor tiempo. Siendo así ¿Quién debería asumir los impactos de tiempo y costo por los días que concurren el atraso de la maquinaria con el evento arqueológico? ¿Con qué instrumentos contamos para proponer una solución efectiva?

II. INTRODUCCIÓN

Son diversas las controversias generadas durante la ejecución de un proyecto de construcción, generándose mayor nivel de conflicto en casos donde no existe una sola vía de solución o no se tienen claros los caminos por optar. El mencionado ambiente se dificulta no sólo por la confluencia de distintas disciplinas en proyectos de esta naturaleza, sino, además, porque la controversia se basa en determinar una porción de responsabilidad en casos donde concurren dos (o más) actos propiciados por cada parte contratante y que generan a la vez una misma demora. Esto ocurre en lo que denominamos demora concurrente, tema discutido en diferentes jurisdicciones y al que se ha atribuido diferentes métodos de solución.

En nuestro país la demora concurrente no ha sido tratada de modo sistemático y ha podido ser materia de negociación entre contratantes sin un análisis profundo sobre las distintas aristas que involucra dicha circunstancia. Diversas cortes extranjeras han tenido pronunciamientos disímiles y en ciertos casos controversiales; no sólo por la complejidad en el análisis de hechos que esto suscita, sino además, por la importancia de establecer un determinado resarcimiento considerando a ambas partes contratantes responsables de una misma demora.

El presente artículo tiene por finalidad proponer un procedimiento de solución ante una demora concurrente acorde a nuestra sistema jurídico, partiendo de la doctrina nacional y extranjera, considerando también diversos pronunciamientos provenientes de juntas de solución de disputas (conocidos también como *dispute boards*), de tribunales arbitrales y de cortes judiciales proveniente de otras jurisdicciones. Revisaremos en esta aventura, diversas fuentes pertenecientes al sistema del *Common Law*, con el fin de encontrar elementos comunes que nos ayuden a determinar los posibles escenarios a los que nos enfrentamos con el objetivo de alcanzar una solución adecuada, no sólo a las partes en discusión, sino además, a la industria en su conjunto.

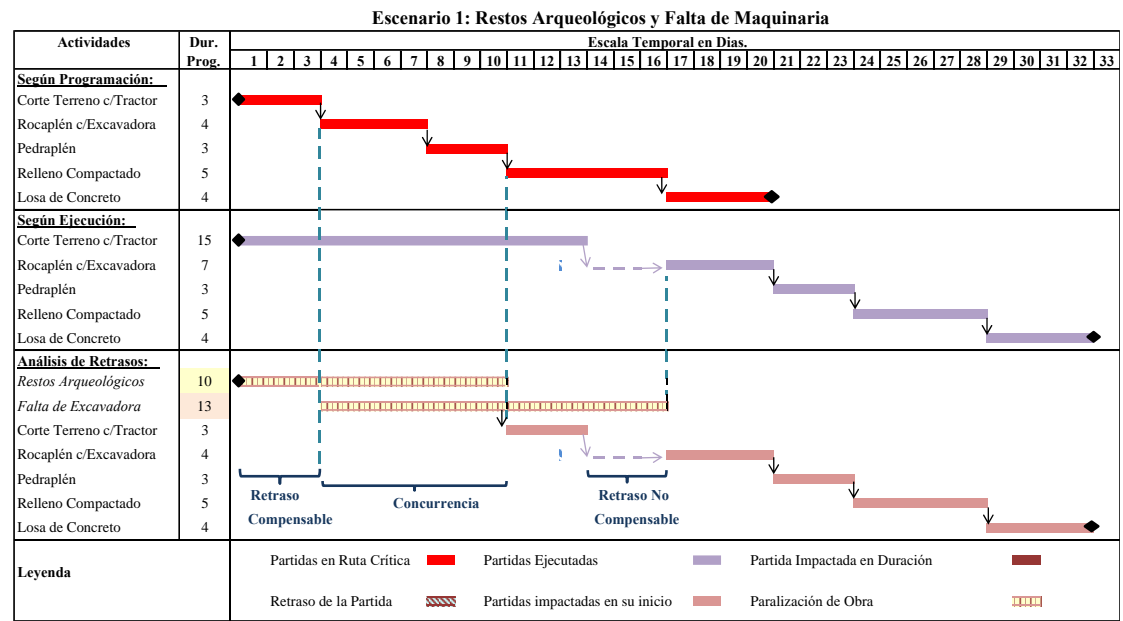
B. Primer Escenario

Para iniciar esta interesante discusión y como paso previo a la revisión del concepto de demora concurrente, deseo proponerles un ejemplo basado en hechos de la vida real. Durante la construcción de un puente como parte de una vía de acceso a una central hidroeléctrica, y específicamente, durante los trabajos de preparación del terreno para la construcción de los terraplenes, el contratista C descubre un conjunto de restos arqueológicos que le impide la consecución de los trabajos programados hasta el despeje total de éstos, según la normativa de

protección de bienes históricos⁴. El inicio de los trabajos de corte de terreno estaba programado para el día siguiente al descubrimiento mencionado. Según el contrato, será Y el responsable en asumir los riesgos arqueológicos, encargándose del procedimiento respectivo ante la Autoridad Administrativa de llevar adelante las coordinaciones técnicas para el correspondiente levantamiento de éstos en el sitio. La empresa Y por lo tanto asumía la responsabilidad de cubrir cualquier impacto que sufra el proyecto a consecuencia de dicho evento en tiempo y costo. El despeje total de restos arqueológicos no iba durar menos de 10 días.

Como vemos en el gráfico (1), desde el día 1 la obra es impactada por el evento arqueológico mencionado, el cual afectó directamente las actividades de corte de terreno, la ejecución del rocaplen y piedraplen, en un total de 10 días. Asimismo, Y conoció con antelación al evento arqueológico que C no podía contar con la maquinaria a tiempo, teniendo un atraso inusual de 13 días debido a un grave inconveniente de transporte. Según el contrato, la entrega oportuna de la maquinaria y materiales en el frente de obra es de entera responsabilidad de C. Debido a la lejanía de la localidad en donde se encuentra la obra, la llegada de la maquinaria no puede efectuarse en menor tiempo. Siendo así ¿Quién debería asumir los impactos de tiempo y costo por los días que concurren el atraso de la maquinaria con el evento arqueológico? ¿Con qué instrumentos contamos para proponer una solución efectiva?

En el gráfico (1)⁵ donde se detalla el impacto en el cronograma.



Nota: Es un caso referido a la construcción de un plataformado en la sierra central de Perú.
- En el día 1 a primera hora se encontraron presuntos restos arqueológicos. El contratante ordenó la paralización de Obra.
- En el día 1 el contratista cumplió con tener el tractor; en el día 4 el contratista debió contar con la excavadora, sin embargo, recién la tuvo en obra el día 16 en la tarde.
- En el día 10 el contratante levanta la restricción relacionada a restos arqueológicos; el contratista efectuó el corte con tractor, luego registró inactividad por falta de excavadora.
- En el día 17 el contratista reinició la obra.

III. MARCO CONCEPTUAL

La demora concurrente es aquella situación donde dos o más eventos atribuibles de modo indistinto a cada parte contractual, repercuten de modo coincidente en el progreso de una o más

⁴ De acuerdo a la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, se requiere proteger los bienes culturales al momento de su descubrimiento.
⁵ Gráfico elaborado en colaboración con el ingeniero Alexis Rodríguez Cabanillas. El ingeniero Rodríguez es ingeniero civil, PMP® y perito CIP, con experiencia en gerencia, supervisión y ejecución de proyectos públicos y privados. Es miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

actividades críticas, afectando el plazo de ejecución contractual. Asimismo, la afectación puede ser inmediata o postergada, con relación al surgimiento de dichos eventos.

Como sabemos, ciertos eventos pueden producir efectos no de manera inmediata sino tiempo después de su surgimiento, por distintas razones, sea porque las actividades afectadas no comienzan a ser ejecutadas o porque éstas al serlo no llegan a ser parte de la ruta crítica aún. Por ello, el enfoque más acertado para tratar este tipo de hechos debería referirse a la demora producida como efecto de determinados eventos concurrentes, y no sólo considerar la concurrencia de eventos en sí misma.

Es importante tomar en cuenta, como más adelante lo detallaremos, que la doctrina mayoritaria trata la demora concurrente con relación a actividades que son parte de la ruta crítica. En distintas oportunidades, cuando se ha analizado la demora, algunos tratadistas lo han utilizado indistintamente para hablar sobre “demora en el progreso” y “demora en el cumplimiento”⁶. La demora en el progreso se refiere a aquel atraso que afecta cualquier tipo de actividad con holgura. Por el contrario, la demora en el cumplimiento será aquella demora que afecte las actividades en ruta crítica, puesto que esta última tiene relevancia con relación al plazo de ejecución del contrato. En el presente trabajo en todos los casos la demora será tratada con relación al segundo concepto.

Sin embargo, no podemos dejar de observar los casos en donde contractualmente la holgura puede ser un derecho reconocido a favor del contratista. Existen casos donde el contratista ha planificado la culminación de los trabajos antes de la fecha contractual por distintas razones que lo motivan a hacerlo: sea por la obtención de un bono de culminación temprana ofrecido contractualmente, por razones climatológicas o por simple conveniencia comercial al necesitar prepararse para el siguiente proyecto, entre otras tantas razones. En estos casos la holgura en sí misma es una herramienta fundamental para una de las partes, con un determinado valor patrimonial y pasible de vulneración por cualquier cambio en las condiciones de trabajo o simplemente a solicitud del propietario. Coincidimos con la sugerencia que expone el Protocolo de Demora y Disrupción de la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido⁷ [en adelante el Protocolo] para el reconocimiento del derecho a la holgura sólo en caso el propietario haya podido conocer la intención del contratista antes de la culminación del contrato, y siempre que el contratista sea realista que la finalización del proyecto antes de la fecha contractual es un objetivo alcanzable. Si se reúnen los requisitos mencionados, estaremos de acuerdo que el contratista disponga de la holgura del cronograma, debiendo ser compensado en caso de vulneración por hechos atribuibles a la otra parte. Entonces, al llevar adelante el análisis sobre la demora concurrente en actividades con holgura, también creemos conveniente considerar los derechos otorgados en el contrato y el reconocimiento de la culminación anticipada del proyecto en las condiciones mencionadas líneas arriba.

Posiblemente, durante el análisis de eventos concurrentes, sea común detectar la prevalencia o relevancia de un evento sobre el otro, donde la solución de este tipo de conflicto podría sugerir la referencia a la teoría que denominamos como causa dominante⁸. Aún en este caso también estamos ante una demora concurrente, donde confluyen dos eventos (atribuibles a ambas partes) que producen una cierta demora.

⁶ DENNYS, Nicholas; REASIDE, Mark y Robert Clay WALLACE. “Hudson’s Building and Engineering Contracts”. Décima edición. Londres: Sweet & Maxwell. 2008. p. 639.

⁷ COMITÉ DE REDACCIÓN DEL PROTOCOLO DE LA SCL DE REINO UNIDO. “Protocolo de Demora y Disrupción de la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido”. Londres. 2002. p. 24.

⁸ El enfoque de la Causa Dominante (*The dominant cause approach*) ha sido considerada en diversos tribunales ingleses como una herramienta para determinar la responsabilidad total en la demora concurrente. Esto se aprecia en casos como *Henry Boot Construction v. Malmaison Hotel (1990)*, *Walter Lilly & Co. Ltd v. Mackay (2012)*, entre otros.

Asimismo, cierta parte de la doctrina y jurisprudencia extranjera, como la inglesa, determina a la demora concurrente como aquella situación donde un cronograma sufre una demora como resultado de dos o más eventos atribuibles a ambas partes, donde se presume que dichas causas tienen un equivalente grado de fuerza en sus efectos. Dicha fuerza en sus efectos, o fuerza causal⁹, es tratada por John Marrin¹⁰ como un elemento relevante para la determinación de la causa dominante en demoras concurrentes. Sin embargo, lo determinante en esta controversia va más allá de conocer el momento de ocurrencia o cuál de los eventos tiene mayor fuerza causal, sino por encima de estos, conocer el efecto real sobre el cronograma de actividades y la atribución de responsabilidad según la valoración de hechos, como veremos más adelante.

La discusión en torno de la demora concurrente abre una serie de aristas por resolver, las cuales se pueden resumir en las dos más importantes: (i) determinar quién debe asumir el costo de los impactos y (ii) determinar el modo de cálculo para establecer la correspondiente compensación. La finalidad del presente trabajo será proponer un determinado procedimiento para resolver este tipo de situaciones, considerando la experiencia extranjera y la legislación nacional vigente.

IV. LA DEMORA CONCURRENT EN LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Actualmente existen dificultades para determinar el método de cálculo de daños por demoras concurrentes. Una de las principales razones de este inconveniente es la existencia de más de un método o parámetro que analice la concurrencia de hechos atribuibles a las partes y sus efectos en el cronograma.

La práctica extranjera (en su mayoría proveniente del *Common Law*) nos otorga ciertas luces sobre los aspectos más importantes a considerar ante una demora concurrente y propone posibles soluciones, las que podemos analizar a partir la legislación peruana y la doctrina proveniente del sistema de derecho civil. El presente trabajo recoge la experiencia inglesa, la escocesa y la estadounidense a fin de establecer los parámetros que nos ayuden a proponer un procedimiento de solución ante las demoras concurrentes dentro de nuestro sistema de derecho civil.

A. El examen *but for*, la causa dominante y el evento relevante en los tribunales ingleses

Inicialmente los tribunales ingleses se encontraron divididos en dos métodos de solución alrededor de las demoras concurrentes. Por un lado fue recurrente el análisis “*but for*” (o “de no ser por...” en su traducción al español) y por otro el análisis de la causa dominante. Más adelante, los tribunales en su mayoría prefirieron el método de causa dominante como el más efectivo al proponer un análisis más completo de los eventos a partir de sus efectos.

1. Análisis según el Examen *but for*

El análisis *but for* ha sido en muchas ocasiones utilizado como método de defensa por los propietarios frente a los reclamos vinculados directamente con las demoras concurrentes. En caso de existir dos eventos en conflicto, uno de responsabilidad del propietario y otro atribuible al contratista, el contratista no podría demostrar que hubiese completado la prestación a su cargo

⁹ *Causative Potency*: según John Marrin el *causative potency*, o fuerza causal, diferencia el tipo de evento en una concurrencia para determinar cuál de dichas causas ha tenido un real efecto en la demora frente a otra en donde sus efectos son casi irrelevantes.

¹⁰ MARRIN, John. “Concurrent Delay Revisted”. Un artículo presentado a la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido (SCL UK) en el Evento organizado por dicha institución en Londres el 4 de diciembre de 2012. Publicado y Editado por SCL UK en Londres en febrero 2013. p. 2.

“si no hubiera sido por” (*but for*) los efectos causados por el evento de su propia responsabilidad. Es decir, aún si no hubiesen existido los hechos que le impidieron culminar su actividad crítica (por hechos de responsabilidad del propietario), ésta tampoco habría sido terminada por los eventos que son de su propia atribución¹¹. En muchas ocasiones sostener el análisis *but for* ha sido efectivo, dejando entre líneas que los dos eventos tenían la misma relevancia como causas vinculadas a una misma demora.

Sin embargo, para muchos este análisis ha sido criticado hasta el punto de calificarlo como inadecuado para el análisis de demoras concurrentes, según el mismo juez Dayson el caso *Boot v. Malmaison*, quien sostuvo lo siguiente:

“En primer lugar, en la aplicación de la cláusula 25, un evento relevante puede aún tomarse en consideración cuando opera una determinada concurrencia de eventos con otro evento no relevante. En otras palabras, de acuerdo a la regla «si no fuera por» (*but for*), un evento A es sólo la condición de un resultado B, B no habría ocurrido “si no fuera por” A, por lo que (en concurrencia) esto no tiene aplicación”¹².

Más adelante, el juez Dayson hace un análisis de los hechos presentados en el caso *Henry Boot v. Malmaison* para determinar la no utilidad del examen *but for*. El juez en mención cita como ejemplo la concurrencia de escasez de mano de obra (responsabilidad del contratista) frente a condiciones climáticas inusuales (riesgo contractualmente asumido por el propietario), los cuales surgen casi al mismo tiempo afectando en una semana el cronograma contractual. En dicho ejemplo, según la regla *but for* sería posible sostener que cualquiera de los eventos no habría ocasionado demora si no fuera por la ocurrencia del segundo evento, lo que a todas luces es errado. Si la escasez de mano de obra es removida del escenario de hechos, la demora habría ocurrido de todas maneras ya que las condiciones climáticas adversas hubiesen impedido de todos modos el correspondiente avance. Del mismo modo, si fuese la condición climatológica el evento excluido, la demora igual hubiese ocurrido ya que la escasez de mano de obra igual detendría el ritmo de trabajo, impactando el cronograma. Por lo tanto, las condiciones climáticas adversas tampoco podrían calificarse como la causa de demora según el análisis *but for*.

Si el efecto de los eventos mencionados fueran secuenciales, uno detrás de otro y uno fuese la causa del otro, podríamos utilizar el examen “*but for*”. Sin embargo, la dificultad en relacionar la causa que origina cada uno de los eventos y la disgregación de los efectos de éstos inciden en la no posibilidad de utilizar este análisis.

2. El enfoque de la causa dominante

El enfoque de la causa dominante ha sido un método de defensa recurrente a fin de establecer la responsabilidad de uno de los contratantes la total afectación. La causa dominante es por definición la causa que tiene mayor importancia e influencia sobre cualquier otra razón con relación a una demora en el cronograma de trabajo. Parte de la doctrina sostiene que este enfoque se basa en determinar cuál de las causas tiene mayor influencia e influencia para ser determinada como la real causa de demora, cuestionando así la existencia de una real concurrencia de eventos o demora concurrente.

¹¹ La regla de análisis *but for* fue analizada en el caso *Orient-Express Hotels Ltd v. Assicurazioni General Spa* (2010) EWHC 1186. Párrafo 85.

¹² *Henry Boot Construction (UK) Ltd v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd* (1999) 70 Con LR 32, TCC aplicado al caso *City Inn Ltd v. Shepherd Construction Ltd* (2010) CSIH 68. Párrafo 15.

El concepto de causa dominante ha sido tratado por diversa jurisprudencia proveniente del *Common Law*, tal como ocurrió en el caso *Fairweather & Co Ltd v. London Borough of Wandsworth* donde el juez James Fox-Andrews sostuvo lo siguiente:

“El enfoque de causa dominante ante un caso de demoras concurrentes sugiere que la concurrencia surge, por un lado, a raíz de un evento de riesgo atribuido al propietario, y por otro, un evento de riesgo atribuido al contratista, y sólo uno de ellos se determina como una causa dominante de la demora del proyecto y prevalece sobre la otra causa de demora”¹³.

La causa dominante se basa directamente en la preponderancia o potencia causal (*causative potency*) del evento de responsabilidad de una de las partes para determinar cuál de los eventos ha tenido mayor prevalencia sobre el otro u otros. Para gran parte de la doctrina, el evento con mayor preponderancia es el real origen de los efectos adversos.

Es a partir de la potencia causal de un determinado evento que se le asignará mayor responsabilidad al agente autor de dicho evento sobre el otro. La preponderancia o potencia causal se puede determinar a partir de ciertas características, vínculos o efectos que tiene un evento frente a otro, con el fin de detectar cuál de los eventos tiene mayor dominancia, en algunos casos, como origen principal de la demora. Descubrir y demostrar el elemento determinante de dominancia es la tarea asignada a quien argumenta la existencia de una Causa Dominante en una demora concurrente, y ello se deberá basar en elementos que puedan ser comprobados objetivamente mediante pruebas.

Por su parte, con relación a la potencia causal el juez Drummond hace un breve análisis sobre de este concepto en el caso *City Inn*, descartando en dicho caso la existencia de una causa dominante. Para Drummond el enfoque de la causa dominante debe ser descartado cuando se trata de eventos que no tienen ningún vínculo entre sí y no existe evidente prevalencia de ninguno de ello, aun cuando uno de los eventos pudiera tener un efecto sustancialmente mayor en el impacto total, según sostiene a continuación:

“En mi opinión ninguna de las causas de atraso puede ser considerada como causa dominante; cada una de éstas tuvo un efecto significativo en la no culminación a tiempo (del proyecto) [...]. [E]s más, el retraso en la entrega de instrucciones relacionado con la máquina de ventilación de gas y la estructura de acero del techo tuvo un mayor efecto en el progreso del trabajo a un grado sustancialmente mayor que las cuestiones que involucran las fallas del contratista. Consecuentemente **el presente caso es una de concurrencia de eventos**”¹⁴. [El énfasis es nuestro].

En el caso *H. Fairweather*¹⁵, mencionado anteriormente, el juez Fox-Andrews excluyó expresamente la existencia de un caso de causa dominante sobre la cual pudiese apoyarse para determinar la parte vencedora. En dicha controversia, el atraso se suscitó tanto en la huelga de trabajadores como en la demora a consecuencia de variaciones e instrucciones provistas con atraso por parte del propietario. El Juez Fox-Andrews¹⁶ resolvió que era totalmente incorrecto realizar un examen de causa dominante ya que no existía un evento suficientemente influyente, por encima de los demás eventos y con los daños producidos.

¹³ Caso *H. Fairweather & Co Ltd v. London Borough of Wandsworth* (1987) 39 BLR 106 (OR). Nota 49. p. 120. Citado por LONG, Richard J, “Analysis of Construction Delay on Construction Claims”. En: http://www.long-intl.com/articles/Long_Intl_Analysis_of_Concurrent_Delay_on_Construction_Claims.pdf. p. 14.

¹⁴ Caso *City Inn v. Shepherd Construction Ltd* (2007) Corte Outer House. Párrafo 158.

¹⁵ Caso *H. Fairweather & Co Ltd. v. London Borough of Wandsworth* (1987) 39 BLR 106.

¹⁶ Caso *H. Fairweather & Co Ltd. v. London Borough of Wandsworth* (1987). Citado en: LONG, Richard J. Óp. cit. p. 13.

De este modo, para determinar la causa dominante será necesario verificar la potencia o fuerza causal de cada uno de los eventos en relación directa con la demora producida.

En el gráfico (2) vemos un ejemplo de causa dominante, donde verificamos con claridad la predominancia de la fuerza causal del evento A sobre el evento B en un mismo cronograma de avance de obra. Supongamos que el evento A representa lluvias extraordinarias que impiden el avance normal de las actividades, y el evento B la escasez de mano de obra para la misma actividad afectada por las lluvias. De acuerdo al contrato, la responsabilidad en la escasez de trabajadores se encuentra asignado al contratista, mientras que las lluvias extraordinarias, como eventos de fuerza mayor, son asignadas al propietario. En este escenario, las lluvias extraordinarias inician antes del evento vinculado a la escasez de mano de obra, prolongándose hasta después que la obligación del contratista es cumplida por éste. Para el lapso de tiempo de escasez de mano de obra habría surgido una demora concurrente absoluta, considerando además un evento dominante (las lluvias extraordinarias).

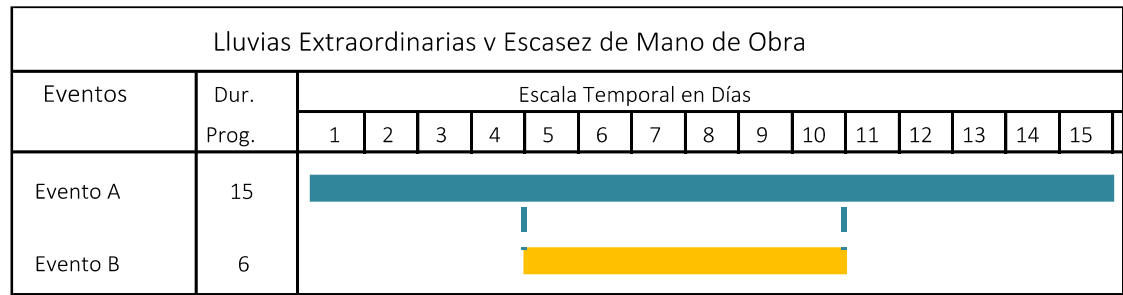


Gráfico (2)

Como consecuencia de los hechos mencionados e ilustrados en el Gráfico (2)¹⁷, el contratista reclama 15 días de atraso y el reembolso del impacto económico sufrido durante dicho tiempo. Tal como vemos, la ‘fuerza dominante’ producida por el evento A es claramente superior en comparación con el evento B, donde el evento A comienza antes y termina después del B. Aun cuando no hubiese existido escasez de mano de obra para la actividad en cuestión, de todas maneras hubiese sido imposible avanzar con dicha actividad a consecuencia de las lluvias extraordinarias. Siendo A la causa dominante de los eventos concurrentes mencionados, el propietario deberá otorgar al contratista la ampliación de plazo contractual y el impacto económico total por el lapso de 15 días. Ello coincide con el tiempo transcurrido hasta la finalización del evento A. Por lo tanto, en este ejemplo el factor de dominancia es el elemento temporal; es decir, el lapso de tiempo del evento A frente a B, considerando que A comienza antes y terminar después que B.

3. El evento relevante (*relevant event*) y el caso *Malmaison*

No hay duda que lo resuelto por el juez Dyson en el caso *Henry Boot Construction v. Malmaison Hotel* es considerado, hasta el momento, el referente más importante entre los tribunales ingleses en torno a la solución de la demora concurrente.

La empresa Malmaison encargó a la constructora Henry Boot la construcción de un hotel bajo el modelo de contrato JCT edición 1980¹⁸ (Contrato JCT 1980) para que el constructor Boot culminara dicho hotel en la ciudad de Manchester el 21 de noviembre de 1997. Sin embargo, la

¹⁷ Gráfico (2), también elaborado en colaboración con el ingeniero Rodríguez.

¹⁸ Modelo de contrato elaborado por Joint Contracts Tribunal (JCT) entidad formada en 1931 por la Royal Institute of British Architects (RIBA) y The National Federation of Buildings Trades Employers (NFBTE). JCT viene publicando desde 1939 una serie de modelos estándar de contratos de construcción y guías prácticas para la contratación de servicios vinculados a la construcción de distintos tipos de edificaciones.

culminación no se alcanzó sino hasta el 13 de marzo de 1998. El arquitecto (agente nombrado por el propietario) otorgó una ampliación de plazo hasta el 06 de enero de 1998. De acuerdo al contrato (inspirado en las cláusulas del contrato JCT 1980), la cláusula 25.4 estableció una serie de eventos considerados **relevantes** (*relevant events*), bajo los cuales el propietario asumía el riesgo total sobre las consecuencias de éstas durante la marcha del proyecto. [El énfasis es nuestro].

A consecuencia de la demora, Malmaison notificó a Boot del incumplimiento y dedujo daños liquidados (según el cálculo de daños establecido contractualmente) ascendente a £ 250,000.

Posteriormente Boot decidió demandar en sede arbitral a Malmaison una ampliación de plazo por 16 semanas fundamentalmente por dos razones: (a) por la demora en el nombramiento del subcontratista Cameron PLC y del inicio de su intervención, nombramiento que dependía de la aprobación de Malmaison y que tuvo directa relación con el atraso de las actividades a cargo de éste; y (b) las distintas variaciones y envío de información tardía por parte Malmaison impactaron en el avance del trabajo a cargo de Boot.

La demora en el nombramiento del subcontratista impidió que la entrega del proyecto no se efectuó sino hasta el 13 de marzo de 1998. Ante esto, Malmaison alegó que la demora se produjo por culpa de Boot al no otorgarle al subcontratista el acceso a las áreas a tiempo. Asimismo, de un análisis de las actividades pendientes, para Malmaison, la demora en los trabajos son consecuencia de las fallas provenientes de Boot y que las variaciones y demás actos atribuibles a Malmaison no afectaron actividades en ruta crítica.

Con relación al reclamo (b), Boot alegó que hubo una excesiva demora en proveer información técnica del proyecto y demora en la aprobación de ciertos los planos. Para Boot tanto la demora en el proceso de nombramiento del subcontratista y la entrega de información con atraso califican como eventos relevantes (*relevant events*), de acuerdo a la cláusula 25.4 del contrato. Para el tribunal la discusión principal se basaba en un caso de demora concurrente, generado por eventos atribuidos a cada parte. Por último tanto en sede arbitral como en la judicial se sostuvo que el contratista falló en proveer suficiente evidencia mediante la cual se pueda aislar la afectación económica de la demora atribuida tanto al contratista como los atribuidos al propietario.

En la resolución del caso Malmaison el juez Dyson hace referencia directa al caso *Balfour Beatty v. Chestermount Properties (1993)*¹⁹ en lo referente a la interpretación a la cláusula 25 del contrato (también bajo el modelo JCT). En dicho caso el juez Colman señaló que el propósito de otorgar una ampliación de plazo contractual fue la de fijar el periodo de tiempo adicional incurrido como efecto de los eventos relevantes, siguiendo el estándar de lo justo y razonable. En el caso *Balfour Beatty v. Chestermount* el juez asocia el estándar de justicia y razonabilidad al otorgamiento de derechos a favor del contratista cuando se trata de eventos relevantes, lo que ocurre en la mayor parte de jurisprudencia inglesa en estos temas.

Más adelante el juez Dyson determinó como punto esencial de la disputa el enfrentamiento de un evento relevante con otro que no lo es, de responsabilidad del contratista. Para dicho juez en caso existiesen dos causas que generan una demora concurrente, si uno de éstos es un evento relevante (de responsabilidad del propietario) y el otro no, entonces el contratista tiene derecho al otorgamiento de una ampliación de plazo por el periodo de demora causado por el evento relevante, sin elaborar mayor análisis en lo que a concurrencia se refiere.

¹⁹ Caso *Balfour Beatty Ltd v. Chestermount Properties Ltd (1993)* citado por el juez Dyson en el caso *Henry Boot v. Malmaison Hotel (Manchester) (1999)*. Párrafo 17.

Si bien es cierto el propietario argumentó (en defensa del reclamo hecho por el contratista) que el evento considerado relevante no afectó directamente una actividad en ruta crítica, hecho que fue considerado por el juez al momento de analizar la cláusula 25. Para éste, dicha cláusula no establece la posibilidad de negar la ampliación de plazo a favor del contratista en caso el evento relevante no afecte a la ruta crítica. Para el juez Dyson, lo más importante no es sólo comprobar que el evento relevante haya causado demora de modo efectivo, sino también que sea probable que la pueda generar a futuro²⁰, por lo que se le debe otorgar una ampliación de plazo al contratista aún en este escenario. Para el juez Drummond Young en el caso *City Inn v. Shepherd Construction Limited*, hizo una referencia directa al caso *Malmaison* afirmando que en dicho caso el evento relevante acusado (no entrega de información técnica oportuna por parte del propietario) generó atraso de modo indirecto, afectando la ruta crítica de todo el proyecto²¹, por lo que sí se justificó el otorgamiento de una ampliación de plazo al contratista.

El eje gravitante de la controversia, según el juez Dyson, fue el acuerdo de las partes para establecer un cierto número de eventos y considerarlos relevantes (bajo el modelo el contrato JCT 1980), incluyéndolos en la cláusula 25.4. Así lo deja claro en el párrafo 13:

“[...] está acordado que si hay dos causas concurrentes de demora, uno de los cuales es un evento relevante, y el otro no, entonces el contratista tiene derecho a una ampliación de plazo por una demora causada por un **evento relevante**, no obstante el efecto concurrente con otro evento”²². [El énfasis es nuestro].

De este modo se resalta la prevalencia del evento relevante (*relevant event*) ante cualquier otro evento (de responsabilidad del contratista) como consecuencia de un acuerdo primordialmente entre las partes²³. Sobre la base de dicha interpretación, el caso *Malmaison* trasciende en los tribunales ingleses como punto de referencia ineludible al momento de analizar los efectos concurrentes que afectan el cronograma de trabajo, donde se establece una clase de evento ante el cuál sucumbe cualquier otra causa de atraso.

En esta línea de ideas, el Protocolo evoca el principio de prevalencia del evento de responsabilidad del propietario en el punto 9 referente a los Principios Centrales Relacionados a la Demora y Compensación:

Punto 9.- “Demora concurrente – su efecto sobre el derecho a la Ampliación de Plazo
Cuando un atraso para la culminación atribuible al Contratista se produce o tiene efecto concurrentemente con un atraso para la culminación atribuible del Propietario, el atraso concurrente del contratista no debería reducir ningún Ampliación de Plazo (AdP) adeudado (véase la Sección de Guía 1.4.1 y 1.4.7)”²⁴.

Este enfoque ha sido mayormente adoptado en los tribunales ingleses, tal como lo demuestra el juez Akenhead en el caso *Walter Lilly & Co Ltd v. Mackay (2012)*:

²⁰ Caso *Henry Boot v. Malmaison (Manchester) (1999)* párrafo 15.

²¹ WINTER, Jeremy. “How Should Delay be Analysed – Dominant Cause and Its Relevance to Concurrent Delay”. En: <https://www.scl.org.uk/papers/how-should-delay-be-analysed-dominant-cause-and-its-relevance-concurrent-delay>. Un artículo presentado ante la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido en la Conferencia Internacional efectuada en Londres, entre el 6 y 7 de octubre de 2008. p. 19.

²² Fragmento del párrafo 13 del caso *Henry Boot v. Malmaison*.

²³ COCKLIN, Matthew. “International Approaches to the Legal Analysis of Concurrent delay: Is there a Solution for English Law?”. En: <https://www.scl.org.uk/papers/international-approaches-legal-analysis-concurrent-delay-there-solution-english-law>. Un artículo basado en el primer premio Hudson de competencia de ensayo de 2012, presentado en el encuentro organizado por la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido en Londres el 9 de abril de 2013. p. 3.

²⁴ COMITÉ DE REDACCIÓN DEL PROTOCOLO DE LA SCL DE REINO UNIDO. Óp. cit. p. 7.

“[...] soy claramente de la opinión que donde exista una cláusula de ampliación de plazo como el acordado en este caso y donde el atraso es causado por dos o más causas, donde uno de los cuales otorga el derecho al contratista a una ampliación de plazo al ser un evento relevante, [entonces] el contratista tiene derecho a una ampliación de plazo completa [...] de todo el periodo de demora causado por el evento relevante en cuestión”²⁵.

Por otro lado para la mayor parte de la doctrina, el estudio sobre la demora concurrente (considerando además el caso *Malmaison*) excluye casi por completo el principio de prevención del derecho anglosajón, el cuál determina que, ante un acto o evento de responsabilidad de una de las partes el efecto directo es convertir en imposible o impracticable para la otra parte la ejecución de su propia prestación dentro de un plazo estipulado²⁶. Creemos que dicha posición es acertada toda vez que ambas pudieron haber generado actos con similar prevalencia o eficacia sobre una misma demora. Por tanto, el principio de prevención no alcanza a resolver una disputa que versa sobre demora concurrente.

B. La distribución de responsabilidad en el derecho escocés (*apportionment*)

El método de distribución de responsabilidad (*apportionment*) recogido en el caso *City Inn Limited v. Shepherd Construction Limited* como resultado de la búsqueda de una solución razonable, justa y eficaz. Dicho pronunciamiento judicial es considerado de gran relevancia en el derecho escocés en lo que se refiere a demoras concurrentes.

El propietario (City Inn) contrató a Shepherd para la construcción de un hotel en Temple Way, Bristol el 11 de noviembre de 1998. Las partes redactaron el contrato considerando el modelo estándar del Contrato de Construcción JCT 1980 (similar a lo ocurrido en el caso *Malmaison*). La culminación del proyecto se acordó para el 25 de enero de 1999. Según la cláusula 24 sobre daños liquidados, se estableció en £ 30,000 el pago por semana de atraso que debía cancelar el contratista en caso sea culpable en el atraso en el cronograma contractual.

A pesar que el propietario toma posesión parcial del sitio el 26 de enero de 1999, los trabajos continuaban ejecutándose. El arquitecto (agente del propietario) emitió el 27 de abril de 1999 el certificado de culminación mediante el cual se dejaba constancia que el contratista había cumplido con sus prestaciones el 29 de marzo de 1999. Considerando que el arquitecto ya había otorgado 4 semanas de ampliación de plazo por la emisión de instrucciones de modo tardío, para éste el contratista tuvo una demora de 5 semanas. Dicha circunstancia motivó una deducción total de £ 150,000.00.

Esta situación originó el reclamo del contratista ante el adjudicador²⁷, quien resolvió a favor del reclamante, ordenando que el propietario reembolse los £ 150,000.00 y otorgarle una ampliación de plazo total de 9 semanas. En virtud de ello, el propietario demandó judicialmente contra lo resuelto por el adjudicador, señalando que el contratista es el único responsable de las 5 semanas de atraso debiendo asumir los daños correspondientes. Se basó en dos razones principalmente. La primera se refirió al incumplimiento del contratista del procedimiento que debía seguir previo a la solicitud de reconocimiento de ampliación de plazo, procedimiento que incumplió. Producto de dicho incumplimiento perdió su derecho a una extensión para la ejecución de los trabajos

²⁵ Caso *Walter Lilly & Co Ltd v. Mackay* (2012) EWHC 1773 (TCC), (2012) BLR 503, 143 Con LR 79. Citado por COCKLIN, Matthew. Óp. cit. p. 4.

²⁶ Caso *Adyard Abu Dhabi v. SD Marine Service* (2011) EWHC 848 (Comm), (2011) BLR 384, 136 Con LR 190, párrafo 282. Citado por COCKLIN, Matthew. Óp. cit. p. 5.

²⁷ El contrato entre City Inn y Shepherd Construction tuvo la cláusula de solución de controversias ante un adjudicador nombrado por las partes, quien fuera Mr. John Spencely.

(cláusula 13.8 del contrato). Por lo tanto, aún en caso el arquitecto se haya demorado en emitir las instrucciones correspondientes, el contratista no puede solicitar ninguna ampliación de plazo. La segunda razón se sustentó en el hecho que ninguna de las instrucciones emitidas por el arquitecto causó demora en las actividades críticas. Por último, para City Inn, aún en el supuesto negado que la demora en la emisión de instrucciones del arquitecto haya afectado alguna de las actividades críticas, dicho evento concurre con las fallas del contratista durante la ejecución de sus obligaciones.

Por su lado, el contratista sostuvo que tuvo derecho a un total de 11 semanas de ampliación de plazo. Dicho lapso de tiempo es el resultado principalmente de la entrega tardía de información vinculada a los cambios en las instalaciones de gas del hotel, a cambios en el tejado considerando un sistema especial para su construcción e instalación de materiales y demora en la emisión de información técnica requerida en campo. Una de las razones en la demora de información técnica y la generación de distintas variaciones fue la destitución del equipo de diseño contratado por el propietario. Ello generó una demora sustancial en la determinación de una serie de cambios en el diseño final del proyecto.

El juez de primera instancia determinó que el atraso fue resultado de una concurrencia de eventos, por un lado la demora en la provisión de instrucciones o variaciones por parte del arquitecto (agente del propietario), los cuales son considerados como eventos relevantes (*relevant events*). Por otro lado, la demora en el trabajo de los ascensores y de las escaleras del hotel fue atribuida directamente al contratista. Para el juez Drummond ninguna de estas causas es dominante, puesto que cada uno de estos eventos tiene un papel significativo en la demora del proyecto, no existiendo ninguna predominancia de un evento sobre otro.

Para el juez Drummond Young el escenario presentaba una demora concurrente, teniendo por un lado eventos relevantes (de riesgo del propietario) y eventos de responsabilidad del contratista, siendo apropiado, en su opinión, el uso de la regla de la distribución o *apportionment*. Para Drummond dicha regla otorgaba la posibilidad de una evaluación justa teniendo como solución ideal la distribución de daños, asumiendo cada parte los costos generados por la demora en proporción a su responsabilidad.

Para poner en práctica la regla de la distribución era necesario, según el juez Drummond, considerar dos elementos²⁸, el grado de culpabilidad de los agentes en cada uno de los hechos atribuibles a éstos, y por otra parte, la importancia de cada evento con relación a la demora en su totalidad.

En el caso *City Inn v. Shepherd Construction* los eventos relevantes (como es la entrega tardía de información al contratista) recaen en la culpa evidente del propietario. Por otro lado, la falla del contratista también tiene un contenido de culpa acusado por la ineficiencia en sus procedimientos constructivos.

Con relación al “peso” o importancia de cada uno de los eventos que influyeron en la demora, para el juez Drummond existen dos cuestiones potencialmente importantes²⁹, el primero es la duración de la demora causada por cada uno de los eventos, factor relativamente sencillo de obtener. El segundo factor es la relevancia de cada uno de los eventos con relación al atraso generado en el proyecto de modo global. Por lo tanto, un evento que sólo afecta a una pequeña parte de la edificación puede ser calificado de menor importancia frente a otro que afecte la mayor parte de la edificación o que tenga una significativa importancia en la marcha de los demás

²⁸ Caso *City Inn v. Shepherd Construction Limited*. (2007) CSOH 190. Párrafo 159.

²⁹ *Ibid.* Párrafo 16.

trabajos o en función del atraso total del cronograma. Creemos que este último factor es de incuestionable importancia a fin de realizar una asignación equitativa de responsabilidad ante una demora concurrente, toda vez que la responsabilidad debe también estar en función de la afectación al objeto principal del contrato como es el proyecto.

El aporte más significativo del método de distribución (*apportionment*) sugerida por el juez Drummond Young es la búsqueda de una asignación de impactos en función de factores como el grado de culpa de los agentes y el “peso” de cada evento en la demora global del proyecto. A nuestro entender, el método de distribución escocés puede ser considerado como uno de los más completos, no sólo por la importancia de los elementos que involucra, sino además, por otorgar cierta valoración a éstos en el resultado final, sea por un análisis subjetivo (nivel culpa de los agentes) o por uno objetivo (influencia en los trabajos a nivel global).

Con relación a las 11 semanas de ampliación solicitadas por el contratista debido a las actividades impactadas por del propietario, el juez Drummond analizó la demora producida en los trabajos de las escaleras del hotel y la instalación de los ascensores, ambos ejecutados con atraso por el mismo Shepherd (contratista). El magistrado escocés sostuvo que al plazo solicitado por el contratista se le debe deducir el atraso generado en las actividades bajo su responsabilidad.

Por otro lado, se analizó también la tardía emisión de ciertas instrucciones relacionadas con los conductos de gas y la instalación de las estructuras metálicas del techo (de responsabilidad del propietario), lo que atrasó gravemente el cronograma. Considerando que el efecto de los eventos relevantes (de responsabilidad de City Inn) impactaron más gravemente el cronograma que los actos de responsabilidad del contratista, en la distribución de responsabilidad, el juez asignó mayor responsabilidad a los eventos relevantes que a las dos actividades ejecutadas con atraso por parte del contratista.

El mencionado magistrado decidió asignar cierta responsabilidad a cada una de las partes según los principios de razonabilidad y justicia mediante el método de distribución (*apportionment*) otorgando finalmente al contratista 9 semanas de ampliación de plazo.

En cuanto al costo, el contratista demandó en sede judicial el costo equivalente a dos semanas de atraso adicionales (previamente el adjudicador le había otorgado un monto equivalente a 9 semanas de atraso). Sin embargo, Drummond Young sostuvo que el contratista tiene derecho al reembolso económico siempre que pueda identificar el costo causado por la demora atribuible totalmente al propietario³⁰. Asimismo, el magistrado citó en su resolución el caso *John Doyle Construction Ltd v. Laing Managament* el juzgador sostuvo que las pérdidas causadas tanto por el contratista como por el propietario deberían ser distribuidas entre ambas partes.

El juez Drummond decidió utilizar el mismo método para el cálculo de costos, considerando la importancia de cada una de las causas en relación con la demora resultante y el grado de culpabilidad de cada uno de los contratantes. En este mismo balance de hechos, el magistrado escocés determinó que los contratistas tuvieron sólo derecho a recuperar el impacto económico con relación a 9 semanas y no de las 11 que en total demandaban. Por lo tanto, al contratista no se le otorgó mayor compensación que el otorgado por el adjudicador. En segunda instancia la corte se pronuncia sobre la pertinencia de establecer un método razonable y justo a la luz de la concurrencia de demoras, considerando por un evento relevante y uno de responsabilidad del contratista al mismo tiempo. En esta tarea, la corte de segunda instancia ratificó el razonamiento hecho por el juez Drummond en referencia a la distribución de impactos.

³⁰ Ibid.. Párrafo 166.

La importancia que tiene para la justicia escocesa el caso *City Inn v. Shepherd Construction* no solo por el interés de emplear un método justo y razonable frente a un caso de demoras concurrentes, sino además, porque intenta utilizar un ejercicio no menos complejo como es el análisis de culpabilidad y el nivel de influencia de ciertos eventos con relación a una determinada demora global. El enfoque de distribución de impactos es un ejercicio sagaz y sumamente agudo, el cuál marca considerable distancia frente al propuesto en el caso *Henry Boot v. Malmaison*, ya que no se agota sólo en asignar el impacto en base una clase eventos (contractualmente establecido) como es el evento relevante, sino que avanza un poco más, justificando un fallo mediante una asignación más cercana a la realidad, el cuál considera las propias acciones de los intervinientes.

C. La demora concurrente en la experiencia norteamericana

Desde el primer caso de demoras concurrentes que se registró en Estados Unidos con *Stewart v. Keteltas* (Nueva York, 1867)³¹ la judicatura norteamericana estableció que el propietario no podrá exigir una compensación económica al contratista por una demora cuando el mismo propietario había contribuido también con dicha demora. Más adelante, la jurisprudencia norteamericana estableció a partir de 1944 un concepto uniforme de demora concurrente, la cual es más resumida y pragmática frente a sus pares ingleses y escoceses, fundándose principalmente en la independencia de cada uno de los eventos que conforman la demora concurrente y el cálculo de afectación de cada uno de los eventos en un mismo periodo de tiempo³². Es justo la independencia de los eventos la característica recogida por la Asociación Americana de Ingeniería de Costos [en adelante, AACE] como una de las principales en una demora concurrente:

“Las demoras concurrentes se producen cuando dos o más eventos no relacionados e independientes retrasan el proyecto. Cuando dos o más partes contribuyen a una sola demora al proyecto, y éstas tienen una misma causalidad o se encuentran relacionados, el evento no se considera que tiene dos causas concurrentes. La diferencia entre la demora concurrente y «la causa mutua» es sutil, pero de vital importancia que cada examinador debe observar y conciliar”³³.

Creemos pertinente resaltar la característica advertida por la AACE ya que, mientras que en la concurrencia de demoras siempre debemos identificar dos eventos diferentes en su origen, en una demora de “causa mutua” podemos advertir un mismo evento donde el atraso se produce o incrementa a consecuencia de actos de ambas partes, pudiéndose advertir la responsabilidad mutua de un mismo evento. Dicho fenómeno se le conoce en nuestro derecho como la concausa, tema que será abordado más adelante. Este punto fue considerado además como parte de la resolución del caso *Beauchamp Constr. Co. v. United States* (1994)³⁴.

Asimismo la mayoría de tribunales estadounidenses han adoptado una posición más flexible en comparación de sus homólogos británicos al elegir un determinado método de solución. La elección del método ha dependido en gran medida de la complejidad de la controversia y de las pruebas que las partes libremente han aportado en dichos procesos. Además de esta flexibilidad,

³¹ *Caso Stewart v. Keteltas del Estado de Nueva York de 1867. WL 6457 (1867)*. Este caso es citado por ZACK, James G. Jr. y Emily R. FEDERICO. “Concurrent Delay - The Owner's Newest Defense”. En: <http://www.constructioncpm.com/SessionCaptures/2013PDFs/WED11%20-%20Concurrent%20Delay%20-%20Owner's%20Newest%20Defense.pdf>. p. 3.

³² De acuerdo a lo resuelto en el caso *Tyger Constr. Co. v. United States*, 14 Cl. Ct. 430, 437 (1988) citado por ZACK, James G. Jr. y Emily R. FEDERICO. Óp. Cit. p. 4.

³³ AACE International Recommended Practice No 29R-03 “Forensic Schedule Analysis”. AACE International, Morgantown, WV. 2011. Section 4.2.C.1. p.102.

³⁴ *Caso Beauchamp Constr. Co. v. United States*, 31 Fed. Cl. 177, 259 (1994).

las cortes estadounidenses ostentan una considerable experiencia en este tipo de disputas, lo que ha motivado a distintos jueces de otras jurisdicciones a rescatar gran parte de sus pronunciamientos. Para muchos la judicatura estadounidense es un referente importante a nivel internacional en lo que a análisis de demoras concurrente se refiere.

Como resultado del avance de la industria de la construcción norteamericana y la constante preocupación a nivel judicial, la doctrina hace mención directa a 3 enfoques que son utilizados por los tribunales estadounidenses para resolver controversias referidas a demoras concurrentes³⁵:

- a) Enfoque “tiempo, pero no dinero”.
- b) Regla de distribución según el Método de Ruta Crítica (CPM)
- c) Regla de la asignación de responsabilidad según el Método de *jury verdict*

1. Enfoque “tiempo pero no dinero”

La práctica de otorgar una ampliación de plazo a favor del contratista y a la vez negarse a una compensación económica se originó en Estados Unidos de modo muy temprano frente al surgimiento de las controversias en torno a la concurrencia de eventos. Dicha regla fue una respuesta vertida por la Corte que resolvió el caso *Jefferson Hotel v. Brumbaugh*³⁶, prefiriendo la aplicación de ésta en contraposición a la distribución de daños (*apportionment*), en tanto se carezca de certeza sobre el nivel de responsabilidad de cada una de las partes en un escenario de concurrencia. En el caso *Jefferson v. Brumbaugh*, el juez determinó que no era posible hacer ninguna distribución de los impactos en tanto no se pueda segregar el costo resultante de la concurrencia proveniente de cada una de las partes en controversia. En tanto la segregación de impactos producida por eventos atribuibles a cada una de las partes no pueda efectuarse, la distribución de daños será imposible. De la misma manera se resolvieron los casos *Stewart v. Ketetas* y *Shook v. Dozier*³⁷. En gran parte del siglo XX las cortes se declararon imposibilitadas para determinar una real distribución de daños donde era evidente que las consecuencias negativas habían sido originadas por ambas partes.

En el caso *Blinderman Construction Co v. The United States*³⁸, el contratista solicitó la compensación de gastos y ampliación de tiempo por los eventos atribuibles al propietario. El contrato estableció la posibilidad de un ajuste en el precio por algún incremento en el costo a causa de una suspensión, demora e interrupción atribuible al gobierno, excepto cuando los trabajos hubiesen sido suspendidos, atrasados o interrumpidos por alguna otra causa, incluyendo el incumplimiento o negligencia del contratista. De este modo las partes acordaron claramente la restricción del derecho de reembolso en caso exista al menos un hecho atribuible al contratista. Dicho contrato no otorgó ningún espacio de interpretación ni tampoco fabrica cierta categoría de eventos —como lo hace la jurisprudencia inglesa en lo que se refiere a eventos relevantes— para otorgar derechos a favor del contratista atribuyendo la mayor carga de responsabilidad al propietario.

Al momento de resolver la corte determinó que el contratista contribuyó con la demora y sostuvo lo siguiente:

³⁵ Para la mayor parte de la doctrina, la judicatura norteamericana considera los tres enfoques mencionados, tal como señala LIVENGOD, John. “Comparison of English and U.S. Law on Concurrent Delay”. En: https://www.mosaicprojects.com.au/PDF_Papers/P011_Concurrent_Delays-2.pdf. 2014. Y COCKLIN, Matthew. Óp. cit.

³⁶ *Jefferson Hotel Co v Brumbaugh* 168 (1882). Citado por COCKLIN, Matthew. Óp. cit. p. 9.

³⁷ Caso *Shok v. Dozier* (1909) citado por LIVENGOD, John. Óp. cit. p. 10.

³⁸ *Blinderman Construction Co. v. The United States*, 695 F. 2d 552 (1982). Citado por LONG, Richard J. Óp. cit. p. 5.

“Cuando ambas partes contribuyen con la demora, ninguno puede recuperar daños a menos que se pruebe una clara distribución de demora y de mayores costos atribuible a cada una de las partes [...]. Generalmente, las cortes van a denegar el reembolso cuando las demoras son ‘concurrentes o entrecruzadas’ y el contratista no ha satisfecho su obligación de separar su demora de los imputables al gobierno”.

De este modo las cortes norteamericanas han mantenido una postura sumamente conservadora en lo que se refiere a la asignación o distribución de responsabilidad en demoras concurrentes. La principal intención del juez norteamericano el caso *Blinderman* fue trasladar a la parte demandante la difícil tarea de demostrar la disgregación de impactos según la intervención de cada una de las partes.

En la controversia *Cline v. the United States*³⁹ el juez sostuvo explícitamente la pertinencia de denegar el reembolso de impactos económicos al contratista pero si otorgarle una ampliación de plazo acorde a las reales demoras sufridas durante la concurrencia. El juez sostuvo lo siguiente:

“La demora concurrente no impide ampliaciones de plazo, pero sí prohíbe la compensación monetaria para los gastos generales fijos diarios reclamados por Cline porque en tales gastos habrían incurrido (considerando la demora concurrente) incluso si no hubiese ocurrido la demora atribuible al Gobierno”.

Entre los tribunales norteamericanos no hubo discusión en el otorgamiento de una ampliación de plazo a favor del contratista siempre que el propietario haya sido parte de la demora en concurrencia. Dicho discernimiento se basa en analizar el nivel de intervención de las partes tanto en tiempo como en dinero. Si hay una concurrencia de eventos atribuibles a ambas partes, basta que se demuestre que el propietario también es culpable para otorgar mayor plazo. En caso de impactos económicos, el análisis debe ser más minucioso y hacia ello los tribunales norteamericanos han requerido un examen más profundo sobre la base del material probatorio y al análisis técnico financiero de daños.

Por su parte, en los casos *Coath & Gross v. U.S.* y *PCL Construction Services v. U.S.* los tribunales fueron enfáticos en sostener que las solicitudes de recuperación de costos y demás impactos económicos son denegados a menos que claramente se pueda distribuir la responsabilidad a cada una de las partes a partir de las pruebas otorgadas⁴⁰. Este enfoque se refleja claramente en lo mencionado por el tribunal de apelaciones en el caso *J.B.L. Construction Company Inc. v. U.S.* (1985), el cuál señaló lo siguiente:

“[...] Cuando los atrasos son el resultado de una combinación de causas, y ambas partes tienen la culpa a tal punto que no es posible determinar el grado de culpabilidad de cada uno, el Gobierno pierde su derecho a evaluar los daños y perjuicios y el contratista pierde el derecho a cobrar costos de atraso [...]”⁴¹.

En el caso *Smith v. The United States*⁴² el gobierno resolvió el contrato que tenía con Smith por incumplimiento a consecuencia de una supuesta demora atribuible a este último. El contratista sostuvo que la falla en su desempeño se basó en una disrupción originada por actos del propietario. El contratista demandó mayor reconocimiento de tiempo y resarcimiento por daños.

³⁹ Apelación efectuada por Cline Construction Cia. En *Cline Construction Company v The United States*. ASBCA 28600 (1984). Citado por LONG, Richard J. Óp. cit. p. 7.

⁴⁰ Caso *Coath & Gross Inc. v US 101 Ct Cl 702 (1944)*. p. 714-715. Citado por COCKLIN, Matthew. Óp. Cit. p. 10.

⁴¹ Caso *J.B.L. Construction Company Inc. v. United States*. VABCA 1799 (1985). Citado por LONG, Richard J. Óp. Cit. p.12.

⁴² Caso *Smith v. The United States*, 34 Fed. Cl. 313 (25 de Octubre de 1995). Citado por LONG, Richard J. Óp. cit. p. 13.

Sin embargo, la corte determinó la existencia de una demora concurrente y sostuvo que el contratista no pudo discriminar el periodo real de atraso atribuible a cada una de las partes. La corte resolvió lo siguiente:

“Un contratista no puede acumular daños del gobierno debido a la demora en caso el contratista fue parte de una demora concurrente. «Generalmente la corte va a denegar el reembolso donde exista demora concurrente o entrecruzada» [...]. Aún donde ambas partes son responsables por la demora; un contratista puede no recuperar el daño a menos que se pueda asignar la demora y los gastos a cada una de las partes. La carga (de la prueba) en la asignación de demora recae en el demandante. La Corte va a denegar el reembolso de daños cuando la demora es concurrente y el contratista no ha establecido su demora por separado de la que es atribuible al gobierno. El reclamo por demora (del demandante) requiere de un análisis de validez donde éste cite los ejemplos claros demostrando la causa de demora atribuible al gobierno, y la situación del demandante en esos periodos de tiempo citados.”

El enfoque norteamericano es claro al establecer como requisito esencial, previo al otorgamiento de reembolso favor del contratista, la determinación precisa de los daños atribuibles tanto al contratista como al propietario. A pesar de las pruebas presentadas en los casos de *Cline*, *Blinderman*, *Jefferson o Smith*, la controversia en torno a la demora concurrente se ha convertido en un examen con cierta complejidad, impidiendo un pronunciamiento a favor de cualquiera de las partes en lo que a daños se refiere, dentro del enfoque “tiempo pero no dinero” (*time but not money*) en tanto no exista un apropiado análisis técnico que determine la asignación de impacto económico proveniente a cada una de las partes. En resumen, hasta la primera mitad del siglo XX hubo una gran aversión por parte de los tribunales norteamericanos en pronunciarse sobre el cálculo de responsabilidad cuando “no se tenía ningún nivel de certeza” al respecto, adoptándose lo que se conoce como la “regla contra la discriminación de daños” (*rule against apportionment*)⁴³.

2. Regla de distribución según el método de ruta crítica (CPM)

Como sabemos, la distribución de impactos no fue un método utilizado al inicio por las cortes norteamericanas; sin embargo, conforme la industria avanzó en conocimientos y tecnología tanto en los procesos constructivos como en gestión de proyectos, las partes y la judicatura decidieron aportar nuevos métodos con el fin de alcanzar un resultado más certero de distribución de daños producidos por cada una de las artes. En la búsqueda de este tipo de solución y durante el desarrollo de nuevos procesos de gestión de proyectos, surge la necesidad de distribuir los costos de las demoras concurrentes utilizando un instrumento más científico que jurídico, como es el uso del Método de Ruta Crítica (CPM en sus siglas en inglés) con el fin de determinar la proporción de responsabilidad de cada una de las partes.

Mediante el Método de Ruta Crítica o *Critical Path Method* [en adelante, CPM] podemos identificar el tiempo máximo que debe ser ejecutada una serie de actividades para que el proyecto en su totalidad sea ejecutado sin sufrir demoras. Por tanto, la ruta crítica no es otra cosa que la concatenación de actividades relacionadas entre sí que cuentan con un determinado plazo de ejecución, donde cualquier impacto de tiempo en dicha ejecución repercute directamente en el plazo de todo el proyecto. El CPM es un método propio del área de gestión de proyectos, el cuál es útil no sólo en la planificación de actividades en general, sino además para identificar las actividades críticas (o en ruta crítica) y no críticas. La mencionada discriminación tiene como finalidad establecer un “mapa” de actividades, previniendo o mitigando posibles impactos de tiempo que pudieran suscitarse a consecuencia de eventos que afecten las actividades

⁴³ Caso, *Hotel Jefferson v. Brumbough*. Citado por COCKLIN, Matthew . Óp. cit. p. 9.

programadas. En resumen, una ruta crítica muestra el plazo máximo programado para desarrollar un proyecto determinado. En caso se produzca una demora en alguna de las actividades críticas, el proyecto sufrirá un atraso equivalente a la demora sufrida en dicha actividad o actividades.

De este modo el CPM nos ayuda a determinar la ruta crítica en el conjunto de las actividades que conforman un proyecto, considerando además el tiempo estimado para ejecutar éste. La determinación de la red de actividades críticas se asemeja a un río que fluye desde su punto de origen (inicio del proyecto) hasta su desembocadura (culminación), y que cualquier obstrucción a ese flujo repercutirá directamente en un atraso al trabajo global proyectado. Dentro de la red de actividades que representa el proyecto en su totalidad se encuentran otras actividades, las que denominamos no críticas. Por definición, dichas actividades serán aquellas que consideran una determinada holgura para su ejecución, entendiendo por holgura aquella cantidad de tiempo en la que una actividad (no crítica) puede atrasarse sin comprometer la fecha de culminación del proyecto.

La jurisprudencia norteamericana sostiene mayoritariamente que el requisito indispensable de una demora concurrente es que dicha demora afecte la ruta crítica del proyecto. Esto último es sostenido claramente en diferentes sentencias como en el caso *George Sollitt Construction v. US*:

“Si los atrasos causados por el gobierno no interfirieron con la ruta crítica del proyecto, no hay costos relacionados con el atraso en la finalización de éste que se le deba al contratista. Para el reembolso debido al atraso del proyecto, no sólo debe el demandante “separar2 sus atrasos de los que supuestamente fueron causados por el gobierno, sino también [demostrar que] los atrasos deben haber afectado las actividades en ruta crítica”⁴⁴.

Considerando que los impactos de demoras concurrentes siempre deben basarse en actividades contenidas en la ruta crítica del proyecto, los tribunales norteamericanos propusieron un método más científico para determinar la distribución de daños mediante el uso del CPM. De este modo los jueces pueden asignar la responsabilidad a cada una de las partes identificado el impacto producido en la ruta crítica por cada evento, asignando dicha responsabilidad en cada actividad afectada dentro del sistema de red de actividades (*network*) o programa de actividades establecidas por el CPM. Por lo tanto, la asignación de responsabilidad dependerá en determinar si el contratista o el propietario son culpables de la afectación de la actividad A, B o C que conforman la ruta crítica identificada. A nuestro entender, este camino es más riguroso que los mencionados hasta el momento, debido principalmente por proponer un tenaz análisis científico de los hechos.

Cabe mencionar además que el enfoque de distribución norteamericano (distribución mediante el CPM) se aleja del *apportionment* escocés, en tanto el primero se base en parámetros de comprobación más objetiva, el segundo tiene menos aversión a la valoración subjetiva para analizar el nivel de culpa entre las partes.

3. La asignación de responsabilidad según el método *jury verdict*

El método *jury verdict* tiene como finalidad la asignación de responsabilidad con relación a una proporción entendida como la “cantidad” de culpa del agente, basado principalmente en la relevancia o “peso” de cada uno de los eventos en relación con la afectación global del proyecto. A diferencia de otros métodos, éste no requiere un análisis detallado del programa o cronología de hechos (como lo hace el CPM). Para cierta doctrina como la expuesta por John Livengood⁴⁵,

⁴⁴ Caso *George Sollitt Construction v. U.S.*, 64 Fed. Cl. 299, 241 (2005). Citado por LIVENGOD, John. Óp. Cit. p. 11.

⁴⁵ Ibid. p.12.

se requieren de ciertos requisitos para que el tribunal utilice dicha herramienta. La primera de ellas es la existencia de dos eventos que concurren de modo absoluto afectando la ruta crítica. Una segunda es encontrar, sobre la base de las pruebas aportadas, la relación proporcional que existe entre el daño generado por cada uno de los eventos con la afectación global del proyecto. En otras palabras, éste segundo requisito se debe entender como el análisis del “peso” o importancia de cada uno de los eventos concurrentes con relación a la demora resultante. Asimismo, la doctrina norteamericana menciona dos requisitos más a considerar⁴⁶ para del mencionado método. El tercer requisito será la imposibilidad de utilizar cualquier otro método que tenga por finalidad discriminar la responsabilidad de las partes en demoras concurrentes. Por último, el cuarto requisito será la existencia de criterios que otorguen cierta convicción en el proceso de asignación justa y razonable de daños a cada una de las partes. Uno de los criterios que podría permitir al juzgador tener la convicción sería justamente el análisis del “peso” o “relevancia” de cada uno de los eventos en relación con el monto final del daño.

En el caso *Raymond Construction of Africa v. US* observamos este tipo de análisis, el cuál se sostiene en parámetros más subjetivos que los utilizados por el CPM:

“[...]. En realidad, no hay ninguna base en el expediente que permita una asignación precisa de responsabilidad por el atraso total [...] según el contrato, entre el atraso del demandado en la adquisición de equipo, [...] el atraso [del gobierno] en el transporte de equipos [...] al lugar de trabajo, y las deficiencias del subcontratista. En tal situación, parece que una cosa sólo es factible hacer, una conclusión basada en la naturaleza del *jury verdict* con relación al atraso de la parte demandada [...] siendo responsable (la parte demandada) de un tercio del atraso general de los trabajos y, por lo tanto, (es responsable) de un tercio de los gastos adicionales indirectos [...]”⁴⁷

De este modo, el método *jury verdict* es utilizado en los Estados Unidos por diversas juntas de solución de disputas, tribunales arbitrales y cortes judiciales para asignar determinados daños⁴⁸ cuando no puede ser realizado con certeza, siendo el mejor camino establecer una aproximación razonable a partir de las pruebas ofrecidas. De esta manera el método *jury verdict* es utilizado en demoras concurrentes para asignar de modo razonable, según las pruebas aportadas, el monto a ser asumido por cada una de las partes culpables de la demora. De hecho, los tribunales norteamericanos reconocen la utilidad del método *jury verdict* cuando no es posible diseccionar (o separar) la responsabilidad en demoras concurrentes, aun tomando en cuenta las pruebas, los hechos y un adecuado estudio sobre el atraso en el cronograma de trabajo.

Cabe considerar que el método *jury verdict* siempre tendrá como punto de inicio elementos objetivos como la demostración de demora y los daños resultantes, a partir de los cuales el juzgador podrá construir una asignación equitativa, debiendo justificar siempre ésta de un modo razonable.

D. La demora concurrente en el derecho peruano

Al momento de tratar las controversias o temas de interés relacionadas directamente con el Derecho de la Construcción, nuestro sistema jurídico tiene un tratamiento diferenciado en lo que corresponde a la ejecución de obras, tanto en el ámbito público o en el ámbito privado.

En el ámbito público, la contratación del Estado se encuentra regulado, de acuerdo al modo de intervención que éste realiza, mediante la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225 [en

⁴⁶ BARRY, Bramble y Michael CALLAHAN. “Construction Delay Claims”. Cuarta edición. Nueva York: Wolters Kluwer. 2011. p.12.

⁴⁷ LIVENGOD, John. Óp. Cit. p.12.

⁴⁸ BARRY, Bramble y Michael CALLAHAN. Óp. cit. p. 13.

adelante Ley de Contrataciones del Estado] y por la ley que promueve la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos [en adelante, Ley de APP], Decreto Legislativo 1224, junto con sus respectivos reglamentos. En dichos cuerpos legislativos no hay tratamiento alguno sobre demoras concurrentes. En el ámbito de obras públicas (regulado por la Ley de Contrataciones del Estado), ante un incumplimiento o evento que afecte el cronograma de obra y que sea de responsabilidad de la Entidad, el contratista puede solicitar la correspondiente ampliación de plazo y compensación económica cumpliendo ciertos requisitos establecidos normativamente. Aun cuando exista una demora concurrente, el contratista podrá acceder siempre al derecho de ampliación de plazo, no sólo porque la legislación otorga (de modo casi inmediato) el derecho a la compensación una vez verificado el atraso por culpa de la Entidad y ciertos requisitos de forma, sino además, porque la normativa de contratación pública no da cabida a cuestionar dicha compensación en virtud de una demora concurrente. Por lo tanto, siguiendo el principio de legalidad⁴⁹, la Entidad está obligada a resolver la solicitud de reconocimiento, sin ir más allá a fin de discutir la existencia de una posible demora concurrente. Caso contrario ocurre con la Ley de APP; si bien no existe un tratamiento claro sobre demora concurrente, dicha norma otorga mayor flexibilidad al Estado en los procedimientos de negociación de los contratos de concesión. Dicha flexibilización, en el marco de promoción de inversión privada, no descarta la posibilidad discutir diversas compensaciones a favor del Concesionario por disputas originadas por una demora concurrente durante el desarrollo de los proyectos de infraestructura.

Por otro lado, el ámbito privado ofrece diversos caminos de solución ante una demora concurrente, considerando además la experiencia extranjera ya expuesta.

En referencia al Código Civil peruano como primera fuente de análisis, creemos importante revisar, en primer lugar, ciertos artículos que nos pudieran dar mayores alcances en torno a las demoras concurrentes. Como segundo paso podremos revisar lo manifestado por la doctrina proveniente del sistema de Derecho Civil (en contraposición con el sistema del *Common Law*) en referencia a los elementos más importantes en torno a la demora concurrente. Como último paso, dilucidar los caminos de solución a los cuales acceder, en concordancia con el derecho peruano y el enfoque propuesto en otras jurisdicciones.

1. La demora concurrente en el Código Civil Peruano

La demora concurrente puede ser tratada como parte del derecho de responsabilidad contractual, ya que a partir de una determinada responsabilidad podremos asignar un determinado daño a ser compensado. De acuerdo al derecho positivo y a la doctrina del sistema de Derecho Civil en general, los elementos esenciales de la responsabilidad civil contractual son la antijuricidad, dolo o culpa, nexo causal y daño. Para el caso en concreto creemos que son dos de los elementos mencionados los más importantes de a considerar. En primer lugar, el análisis del dolo o culpa, a fin de determinar el nivel atribución del agente y calcular su responsabilidad al momento de asignar la correspondiente compensación. En segundo y último lugar se encuentra la determinación del daño, elemento de sustancial interés de las partes involucradas en una demora concurrente.

Antes de analizar los elementos más relevantes de responsabilidad civil que mencionamos, revisemos brevemente si el Código Civil peruano contiene algún camino de solución en torno a la demora concurrente.

⁴⁹ De acuerdo al principio de legalidad toda actividad Estatal debe estar autorizada mediante la normativa correspondiente para que pueda determinarse su actuar lícito.

El artículo 1317 del Código Civil menciona la consecuencia de un incumplimiento por hechos ajenos al deudor. La norma menciona lo siguiente:

Artículo 1317.- “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.”

El mencionado artículo dispone la exclusión de responsabilidad de daños al agente que no ejecuta su prestación en el modo convenido por causas que no se le pueden atribuir. Por lo tanto, en una demora concurrente si el contratista no puede ejecutar su prestación, porque el propietario no ha cumplido con entregar el frente de trabajo programado, el contratista no será responsable en la cobertura de daños (y posibles penalidades) por dicho incumplimiento. Esta norma tiene una referencia directa al principio de prevención (*principle of prevention*) del derecho anglosajón⁵⁰ ya mencionada líneas arriba, donde una de las partes impide a la otra la ejecución de una determinada obligación y, como consecuencia de ello, la primera no podrá exigir a la segunda ningún resarcimiento.

Ante un caso de demoras concurrentes, tanto el artículo 1317 como el principio de prevención anglosajón son útiles en referencia a la obligación de uno de los agentes y no considera el segundo evento y con ello, la responsabilidad de la otra parte (segundo autor principal de la demora concurrente). Vemos que la aplicación del artículo 1317 se agota sólo en la responsabilidad de una de las partes, faltando el análisis de responsabilidad con relación a los actos que corresponde al segundo acto en concurrencia. Por lo tanto el artículo 1317 y/o el principio de prevención del *Common Law* no son útiles para solucionar las controversias en torno a la demora concurrente.

Otra figura que pudiera tener cierta proximidad al tema en discusión es la contenida en el artículo 1326 del Código Civil. La mencionada norma dispone lo siguiente:

Artículo 1326.- “Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él derivan.”

La premisa propuesta por el artículo 1326 supone la generación de un daño (sea culposo o doloso) que haya sido originado no sólo por el deudor, sino además por el acreedor. Por lo tanto, la mencionada premisa que se enfoca en la concurrencia de culpa de dos agentes productores de un mismo daño. Este caso dista de la figura de una demora concurrente, no sólo por la interdependencia de los actos de ambos agentes en referencia al daño en la primera figura, sino además, porque en la segunda figura (demora concurrente) los actos de los dos agentes pueden originarse en momentos totalmente distantes y el efecto principal de ambos (la demora) puede surgir más tarde (demora de eventos con efecto diferido).

En la concurrencia de culpa o concausa existe la generación de un solo daño y puede presentarse de distintas maneras⁵¹. De este modo puede surgir un acto lesivo de uno de los agentes y concurrir con actos de terceros, con un evento fortuito o con un acto originado por la misma víctima del daño como lo señala explícitamente el artículo 1326.

⁵⁰ El juez Lord Denning MR de la Corte de Apelaciones en el Caso *Trollpe & Colls v. North West Metropolitan Regional Hospital Board*, mencionó el concepto del principio de prevención y la imposibilidad del agente que impide el cumplimiento de la prestación de la otra parte de solicitar resarcimiento. Este caso fue citado por MARRIN, John. Óp. cit. p. 4.

⁵¹ BARCHI VALEOCHAGA, Luciano; OSTERLING PARODI, Felipe y otros. “Código Civil Comentado por los mejores 100 Especialistas”. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 944.

Por lo tanto, lo más importante en la concurrencia de culpa es la determinación del daño como resultante de una sumatoria de actos lesivos que inciden en su determinación. Dicho conjunto de actos no pueden analizarse por separado, sino, deben ser estudiados en conjunto y de modo indivisible en relación con el daño a resarcir. En esto incide su principal diferencia frente a la demora concurrente, toda vez que ésta última contiene eventos totalmente independientes en su ejecución, pudiendo efectuarse en momentos totalmente distintos y la existencia de todos éstos no siempre son determinantes para la producción del daño. Por lo tanto, el artículo 1326 del Código Civil tampoco soluciona los casos materia de análisis del presente trabajo.

Al no encontrar ningún camino directo de solución en el Código Civil ante una demora concurrente, debemos emprender un breve recorrido por la doctrina y diversas instituciones reconocidas en nuestro derecho con el fin de establecer una solución efectiva.

2. La responsabilidad contractual y la demora concurrente

La responsabilidad civil abarca todos los actos ilícitos que generan algún tipo de daño, sea por contravenir una norma de cumplimiento general (como una ley) o un acuerdo (un contrato). A partir de ello, y tal como lo señala el derecho positivo y la mayor parte de la doctrina proveniente del sistema del Derecho Civil, la responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual. No cabe duda que, dada la relación jurídica entre los agentes responsables de los eventos concurrentes, la responsabilidad civil útil para la presente discusión es la contractual, como ya lo hemos mencionado.

Para llevar adelante el análisis de los elementos más importantes de la responsabilidad contractual en torno a la demora concurrente, es necesario considerar que dicho examen es útil exclusivamente para eventos donde existen elementos de culpa entre los agentes intervinientes. Por ello, de existir eventos neutros (originados por causas externas o naturales como es la fuerza mayor o un hecho fortuito), el caso requeriría de diferentes caminos de análisis.

La existencia de responsabilidad civil contractual y por lo tanto, la obligación de indemnizar a la “víctima” de un daño requiere, como señala la mayor parte de la doctrina, la confluencia de cuatro requisitos: una conducta antijurídica (incumplimiento del contrato), un factor de atribución del agente (por dolo o culpa), la generación de un daño (en virtud del cual se ordena una determinada indemnización) y el nexo causal entre el hecho y el daño generado (relación de causa y efecto entre el incumplimiento y el daño)⁵².

A partir de los elementos que conforman la responsabilidad civil contractual, como ya mencionamos líneas arriba, no creemos relevante detenernos en lo que corresponde a la conducta antijurídica o al nexo causal, ya que dichos componentes son identificados inequívocamente ante un caso de demora concurrente sin requerir mayor discusión. Por el contrario, creemos fundamental detenernos en torno al daño y al factor de atribución del agente como materia prima a utilizar para la determinación de responsabilidad ante una demora concurrente. El concepto de culpa y su gradualidad pueden ser elementos sumamente útiles en este objetivo.

Creemos que la responsabilidad civil contractual y en especial la determinación de daños y el análisis de culpa del agente nos puede dar caminos, sobre la base de conceptos ya propuestos en nuestro sistema de Derecho Civil, a fin de construir un procedimiento efectivo y útil como método de solución.

⁵² DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil.”. Séptima edición. Tomo II. Madrid: Tecnos. 1995. p. 598.

2.1. Factores subjetivos en la responsabilidad civil contractual

En el surgimiento de una demora el daño será el detrimento económico generado por el atraso en el cronograma, la que será asumida por cualquiera de las partes, según la distribución de responsabilidad establecido contractualmente o como resultado de una controversia. En este escenario la discusión girará en torno a la asignación de responsabilidad, y como consecuencia de ella la determinación del daño a compensar. Ante dicha situación, ¿qué factor o factores nos ayudan a realizar una asignación justa de responsabilidad ante una demora concurrente?

Sobre responsabilidad contractual, la mayor parte de la jurisprudencia nacional se ha pronunciado a partir de parámetros objetivos para determinar el monto a indemnizar. De este modo, como ocurre con frecuencia con resoluciones judiciales de países pertenecientes al sistema de Derecho Civil, el juez determina objetivamente los daños a partir del procedimiento de liquidación acordados (contractualmente) o mediante el examen de los daños realmente probados. Por lo tanto, ante la solicitud de resarcimiento por incumplimiento contractual, el método generalmente aceptado en nuestra judicatura para la liquidación del monto a indemnizar se ha basado en parámetros objetivos de cálculo.

Sin embargo, el inconveniente surge cuando a partir de las pruebas y el análisis de hechos no se pueda efectuar una real asignación de responsabilidad con relación a los daños generados por ambas partes. Ante esta situación, cabe encontrar las vías de solución más convenientes en nuestro sistema jurídico, en concordancia con lo resuelto en otras jurisdicciones según lo expuesto en el presente trabajo.

Creemos que uno de los caminos más efectivos es el principio de distribución o *apportionment* escocés, donde el parámetro subjetivo en referencia al grado de culpa es una herramienta efectiva a fin de obtener una distribución justa y equitativa. Dicha propuesta que nos obliga a realizar un examen no menos complejo. La gradualidad de la culpa o análisis del nivel de responsabilidad es un elemento ya presente en nuestro derecho, pero a pesar de ello, no ha sido utilizado ni tratado como debiese. A continuación veremos si es útil revisar la gradualidad de culpa del agente infractor a fin de dar paso a la distribución de responsabilidad como método de solución ante este tipo de controversias.

Nuestra legislación en materia de responsabilidad civil recoge el criterio de atribución objetiva del agente, donde la imputabilidad del deudor (sea por culpa o dolo) se establece ante la comprobación de un incumplimiento de la obligación pactada. Como dice Osti, la parte que incumple siempre responderá por su incumplimiento, a no ser que se aporte la prueba positiva de la causa no imputable, entendida ya como sinónimo de un caso fortuito⁵³. Por lo tanto, la culpa del deudor infractor se determina sólo por la comprobación del incumplimiento de una obligación, sea por un hecho u omisión, dejando el examen de gradualidad de culpa como un asunto ajeno al referido sobre la existencia de la responsabilidad en sí misma. Ello se desprende del artículo 1321 y del artículo 1329 del Código Civil peruano. Nuestra legislación civil realiza un tratamiento objetivo tan similar a lo que el derecho italiano denomina como “culpa contractual”, según lo explica Doménico Barbero⁵⁴:

⁵³ OSTI, Giuseppe. “Revisione Critica della teoria sulla impossibilità della prestazione”. En: Rivista di Diritto Civile 10. 1954. Citado en BARCHI VALEOCHAGA, Luciano; OSTERLING PARODI, Felipe y otros. “Código Civil Comentado por los mejores 100 Especialistas”. Óp. cit. p. 854.

⁵⁴ BARBERO, Domenico. “Sistema del Derecho Privado”. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1967. p. 68.

“[...] el deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida, está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación proveniente de causa no imputable [...]”.

La mencionada “culpa contractual” que evoca el derecho italiano también es recogida por el artículo 1315 y 1316 del Código Civil Peruano. Ello es un elemento más que nos demuestra que en nuestro sistema jurídico existe poca incidencia en el análisis de la gradualidad de culpa del agente en la producción del daño. Este hecho no sólo se experimenta en el derecho peruano o italiano, sino además en la mayor parte de jurisdicciones pertenecientes al sistema de Derecho Civil, como ocurre en el derecho alemán donde el deudor responsable por incumplimiento responde por todo género de culpa⁵⁵, o la obligación de indemnizar que propone el derecho francés⁵⁶ a quien no cumple su prestación sólo como consecuencia de los daños que acarreo dicho incumplimiento.

A pesar de la mencionada herencia del sistema de Derecho Civil referente al uso de la “culpa contractual”, nuestro sistema no se ha cerrado sólo a este tipo de culpa. Por el contrario, el Código Civil peruano ha dejado una ventana abierta al análisis de la gradualidad de culpa como requisito previo al establecimiento de responsabilidad por daños. De este modo, el artículo 1321 establece distintos tipos de culpa, estableciendo una consecuencia específica para cada una de ellas:

Artículo 1321.- “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.”

Como señala el derecho positivo y lo trata la doctrina, existen tres tipos de conducta del agente a partir de los cuales se realiza una determinada asignación de daños: dolo, culpa leve y culpa inexcusable. Lo más importante del artículo 1321 es, sin lugar a dudas, la diferenciación en el resarcimiento de daños a partir de la actuación del infractor. Por dolo debemos entender que es todo incumplimiento del deudor donde éste tiene plena conciencia de no cumplir su obligación, sea con el propósito de causar o no daño al acreedor⁵⁷. Por lo tanto, independientemente de la intención de hacer daño, lo importante en el dolo es la intención premeditada de no cumplir en razón de un beneficio que conlleva su incumplimiento. Por otro lado, la culpa será, de modo lato, aquella falta de diligencia del agente que cause el incumplimiento, sin ser consciente ni tener interés en incumplir una determinada obligación. Ahora bien, entre culpa leve y la culpa inexcusable el elemento diferenciador se encuentra en el nivel de negligencia del actor. Por culpa leve (como señala el artículo 1320 del Código Civil) será la omisión de diligencia ordinaria

⁵⁵ ENNECCERUS, Ludwig. “Derecho de Obligaciones”. Revisión por Heinrich Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Volumen I: Doctrina General. Segunda Edición. Barcelona: Bosch. 1954. p. 226.

⁵⁶ “Si el deudor no cumple su obligación y como debiera, el acreedor tiene derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido”. Mencionado PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. “Tratado práctico de Derecho Civil francés”. Tomo VII, segunda parte. Traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural S.A. 1945. p. 132.

⁵⁷ OSTERLING PARODI, Felipe. “Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa”. En: Homenaje al doctor Rómulo E. Lanatta Guilhem. Lima: Cultural Cuzco Editores. 1986. p. 352.

esperada de un determinado deudor al cometer el incumplimiento. La teoría de la culpa, y en especial, la culpa leve fue tratada en Roma, dividiéndola en culpa leve *in abstracto* y culpa leve *in concreto*⁵⁸. Ambos tipos de culpa leve confluyen en lo que conocemos como la falta de diligencia que comúnmente se le podría requerir al deudor, sea por su oficio, especialidad o experiencia.

Por otro lado y de acuerdo a lo que dispone el artículo 1329 y la doctrina mayoritaria, la culpa grave o inexcusable será aquella culpa que tendrá el agente cuando éste, por negligencia y sin intención, haya procedido con torpeza, abandono o descuido extremo y no haya ejecutado su prestación a satisfacción. Si bien las legislaciones y jurisprudencias de la mayor parte de países que han adoptado el sistema de Derecho Civil determinan la responsabilidad contractual por factores objetivos, nuestra legislación también ha dado la oportunidad de asignar un nivel de responsabilidad del infractor teniendo como referencia un factor subjetivo de trascendencia: el grado de culpa del agente infractor.

El artículo 1321 dispone que, en caso de negligencia inexcusable o dolo, el infractor deberá cubrir el daño emergente y el lucro cesante como resultado directo e inmediato del incumplimiento. En el caso de culpa leve, la reparación deberá limitarse sólo al daño que podía preverse al momento en que se cometió el incumplimiento. Independientemente de la razón que llevó al legislador a equiparar el efecto de la culpa inexcusable con el de dolo (manteniéndolos en el mismo ‘nivel de responsabilidad’), nuestra legislación civil ha hecho un claro tratamiento de asignación de daños fundándose en el aspecto subjetivo del agente. Nuestra legislación nos muestra que el factor psicológico del deudor al momento de incumplir su obligación es un elemento relevante en la asignación de daños.

Más allá del análisis probatorio sobre el dolo y la culpa inexcusable, o la demostración de los daños a ser indemnizados, no cabe duda que el factor de atribución subjetivo juega desde hace tiempo un rol importante en la responsabilidad civil, teniendo la presencia de dos elementos de fundamental relevancia: i) la presunción (*iuris tantum*) de la culpa leve (artículo 1329 del Código Civil) frente a la carga probatoria del perjudicado en caso de dolo y/o culpa inexcusable (artículo 1320 del Código Civil); y ii) la diferenciación de la clase de daños a ser indemnizados de acuerdo al nivel de culpa del agente. Considerando que nuestra legislación civil (la cual toma como base el derecho romano en lo que se refiere a la teoría de culpa) ha considerado el factor de atribución subjetivo del agente como elemento importante en la responsabilidad civil contractual, nada obsta para considerarlo como elemento esencial para establecer un método de distribución de daños ante una demora concurrente.

E. Propuesta de solución ante una demora concurrente en el Perú

Con el fin de proponer un procedimiento eficiente de solución ante una demora concurrente, es necesario diferenciar dos tipos de concurrencia, a fin de emprender de modo correcto ciertas etapas del procedimiento. La primera concurrencia se determina por aquella donde ambas partes tienen algún nivel de participación, tanto por acción u omisión, generándose una concurrencia con doble intervención. Por otro lado, hay ciertas demoras concurrentes originadas por la acción de eventos donde existe sólo la intervención de una de las partes y por otro lado la intervención de fuerzas ajenas, como los hechos fortuitos o los casos de fuerza mayor. Esta última clase de

⁵⁸ El derecho francés acoge la figura de culpa con base románica, a entender por culpa leve *in abstracto* y culpa *in concreto*. La culpa leve *in abstracto* era aquella en que incurría quien no prestaba los cuidados de un *bonus et diligens pater familias* (buen padre de familia) o persona de diligencia común. La culpa leve *in concreto* se determinaba por medio del propio deudor, a saber si había puesto o no los mismos cuidados que en sus otros asuntos. Se debía determinar si era una persona muy cuidadosa o responsable. Esta diferenciación lo menciona el profesor OSTERLING PARODI, Felipe. Óp. cit. p. 359.

casos se pueden identificar como aquellas de intervención unitaria, característica relevante en ciertos casos para determinar el método adecuado ante este tipo de controversias.

La dificultad en la solución de disputas por concurrencia de demoras se centra principalmente en determinar la responsabilidad de cada uno de los contratantes (materia de discusión de las distintas doctrinas y jurisprudencias ya expuestas). El juzgador encargado de resolver la controversia deberá discriminar los daños y el tiempo que cada una de las partes han generado por sus actos, omisiones o eventos externos asignados a cada uno de ellos y de ese modo, establecer una justa y equitativa asignación de responsabilidad. Con el fin de alcanzar dicho objetivo, creemos importante emplear el siguiente procedimiento de solución, el cual es el resultado del análisis de la doctrina y la jurisprudencia extranjera en concordancia con nuestra legislación y doctrina.

El procedimiento de solución se conforma por los siguientes métodos o pasos a emplear para resolver un caso de demora concurrente:

- i) Análisis de la Causa Dominante (*dominant cause*)
- ii) Empleo del Método de Ruta Crítica (CPM)
- iii) Distribución (*apportionment*) de Responsabilidad

Es fundamental considerar el orden de los tres pasos o métodos expuestos, toda vez que el análisis y la actividad probatoria se hace cada vez más profundo y complejo conforme se pasa de un método al otro.

1. Método de la causa dominante (*dominant cause*)

El análisis de la causa dominante o *dominant cause* (como lo denomina la doctrina extranjera) se basa en la determinación del evento con la mayor preponderancia sobre el resultado causado por la demora, como ya lo expusimos en el acápite A.2 del presente trabajo. La teoría de la causa dominante ha estado presente en diversos pronunciamientos judiciales en países como Reino Unido como en Estados Unidos, donde los tribunales judiciales acuden a dicho análisis antes de pasar a otras vías de solución, como ocurrió en el caso *City Inn*⁵⁹, tanto en primera como en segunda instancia.

Podemos también proponer un ejemplo adicional al que ya fuera mencionado en el acápite A.2 con el fin de observar con mayor detenimiento el razonamiento del juzgador para identificar el elemento de mayor preponderancia, y de ese modo, confirmar la existencia de una causa dominante.

En primer lugar revisemos una vez más el ejemplo citado según el gráfico (2) perteneciente al acápite A.2. En dicho ejemplo el elemento de temporalidad (días de lluvias) tuvo mayor preponderancia sobre el evento referido a mayores recursos. En el gráfico (2) se observa claramente esta prevalencia, donde el evento meteorológico dura mayor cantidad de tiempo frente a la necesidad de mayor mano de obra. La potencia causal de las lluvias extraordinarias está claramente por encima del evento relacionado a la escases de mano de obra. Es cierto que la obligación en la obtención de la mano de obra a cargo del contratista no se cumplió en el día que debía contar con ésta, sin embargo, también es cierto que las precipitaciones hubiesen del mismo modo imposibilitado la ejecución del trabajo que debía ejecutar el personal del contratista (aún en el caso que dicho personal se encontrara en el sitio de trabajo según las condiciones

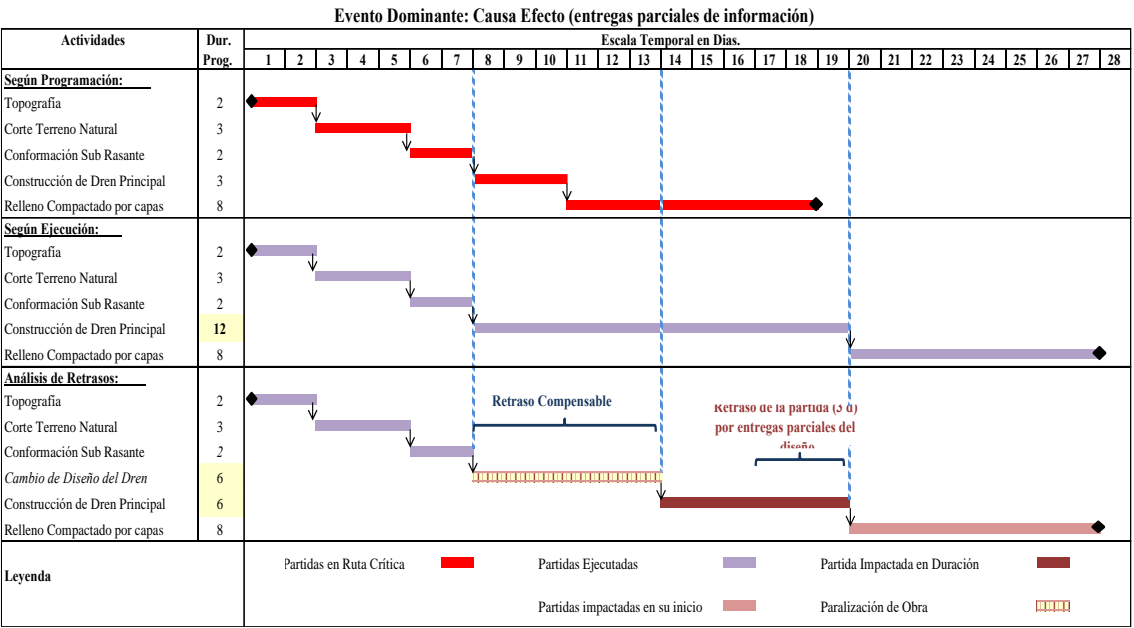
⁵⁹ “Ni la primera instancia (*Outer House*) ni la segunda Instancia (*Inner House*) en *City Inn* descartaron la fuerza causante de la causa dominante como paso preliminar”. En COCKLIN, Matthew . Óp. cit. p. 7.

acordadas). Dado que las lluvias extraordinarias se iniciaron con anterioridad a la obligación a cargo del contratista y concluyó después del incumplimiento de éste último (el Contratista finalmente consiguió el personal requerido), vemos que existe una evidente preponderancia por parte de las lluvias extraordinarias sobre el incumplimiento en proveer de mano de obra especializada. De esta manera y de acuerdo al gráfico (2), los días del evento B se encuentra dentro del lapso de tiempo que representa el evento A, determinándose por lo tanto una predominancia del evento A sobre el evento B por un elemento temporal. En este caso, la causa dominante de la demora concurrente se encuentra en el evento A.

Veamos a un segundo ejemplo. En este caso la potencia causal (*caustive potency*) puede encontrarse en el evento determinado como causa principal de un segundo evento; siendo ambos eventos el origen de una demora concurrente. Supongamos que existe la necesidad de construir un dique, proyecto que tiene un atraso de seis días a consecuencia, en principio, de la demora de los trabajos de responsabilidad del contratista. El contratista, por su parte sostiene que dicha demora se debió en mayor medida, por entregas parciales del nuevo diseño de un dren. El diseño en mención es un cambio al proyecto debido al descubrimiento de aguas subterráneas, lo que no fue previsto inicialmente. Por ello el propietario ordena realizar el nuevo diseño del dren a una oficina de ingeniería contratada por éste y su ejecución al contratista, reconociendo una compensación total de seis días de atraso y la correspondiente compensación económica.

Sin embargo, debido al deficiente trabajo del agente contratado por el propietario la entrega del nuevo diseño se realizó mediante entregas parciales, afectando seriamente el proceso constructivo llevado a cabo por el contratista. Dicha afectación tuvo un atraso de seis días, los cuales se adicionan a los primeros 6 días otorgados inicialmente por el propietario por el mismo trabajo.

La afectación de 12 días en total (6 días compensables y 6 días atribuibles al contratista) se encuentran ilustrados en el gráfico (3), donde se aprecia el impacto de la ejecución de la actividad “Dren Principal”.



En el caso ilustrado por el Gráfico (3)⁶⁰ vemos en la construcción del dren principal dos eventos, uno de responsabilidad del contratista como la demora excesiva de los trabajos (por ineficiencia productiva), y por otro lado, el que se encuentra a cargo del propietario, como es el contar con un diseño libre de defectos y su deber de cooperación con el contratista evitando cualquier obstrucción en su desempeño. Estos dos eventos podrían tener una equivalente fuerza frente a la demora y podría no ser posible, en principio, determinar el elemento dominante. Sin embargo, el contratista puede determinar, por medio de un exigente ejercicio probatorio, que los constantes cambios de diseño afectaron directamente el ritmo y calidad del trabajo del contratista y no fue sólo ineficiente. Es altamente probable que prevalezca dicha posición, lo que dependerá de las pruebas ofrecidas en la controversia. De ser así estaríamos frente a otro caso de causa dominante sobre la base de una vinculación de causa y efecto de los eventos materia de análisis. Por lo tanto, la causa real del trabajo defectuoso del contratista fue en realidad los constantes cambios de diseño del propietario (la verdadera causa dominante de este segundo ejemplo).

Como regla general, en una concurrencia de demoras donde encontramos una causa dominante, el causante del evento con dominancia deberá ser el responsable tanto en la cobertura del tiempo como con la afectación económica total. Sin embargo, ello no imposibilita que el juzgador encuentre una solución más equitativa cuando el caso lo exija, más aún cuando existe cierto nivel de responsabilidad por el agente que cometió el evento no preponderante. En el presente caso no podemos dejar de lado la existencia de cierta negligencia por parte del contratista en la ejecución de los trabajos como parte de los cambios ordenados. Si bien existe prevalencia del evento de responsabilidad del propietario, el juzgador podrá asignar al contratista cierto porcentaje de daños que represente las consecuencias de su negligencia. El Código Civil peruano no señalan este camino de modo directo pero si establece la posibilidad que el juzgador evalúe un monto de resarcimiento por el nivel de culpa del deudor de la obligación (artículo 1321), como también otorga al juzgador hacer uso del criterio de equidad cuando el daño no pueda ser probado en su monto preciso (artículo 1332).

Un comentario aparte merece el tema referente a los reclamos globales de obra (*global claims*). Tal como sostiene gran parte de la doctrina, el requisito fundamental de dicho reclamo es la no existencia de responsabilidad de quien alega dicho reclamo. En pocas palabras, el reclamo deber ser prístino e inmaculado de cualquier elemento que sugiera alguna participación del contratista, lo que no es posible ante caso de demora concurrente. Ante este complejo escenario, creemos oportuno considerar las 3 vías o modos que pueden atenuar el deber del contratista de cumplir con dicho requisito y que fuera propuesto por el juez Drummond Young en el caso *City Inn v. Shepherd*⁶¹. En dicha oportunidad el magistrado escocés citó el caso *John Doyle Construction v. Laing Management* en lo referente al tratamiento del reclamo global presentado por el contratista. El juez Drummond mencionó como primera vía la posibilidad de identificar una relación causal entre los eventos de responsabilidad del propietario junto con las pérdidas (individualmente determinadas) materia de reclamo. Una segunda vía sería el uso del sentido común y la lógica en lo que se refiere al análisis de principales causas de demora. Sobre esta cuestión, si fuera posible identificar un acto del propietario como causa dominante de las pérdidas, este camino sería suficiente. Por último, la tercera vía sería la asignación de pérdidas según las causas por las cuales el propietario es responsable (utilizando directamente el enfoque de distribución o *apportionment*). Creemos que las vías expuestas pueden ser válidamente consideradas en un reclamo global mediante la cual se reclame una demora concurrente.

2. Uso del método de ruta crítica o CPM

⁶⁰ Gráfico (4) en colaboración con el ingeniero Rodríguez.

⁶¹ Caso *City Inn v. Shepherd*. Párrafo 20 y 21.

Tal como lo expusimos en el acápite C.2 del presente trabajo, el CPM nos ayuda a identificar las actividades que son parte de la ruta crítica, donde cualquier impacto a dichas actividades puede redundar en el atraso del proyecto en su conjunto.

Ante una demora concurrente, el juzgador puede, mediante el CPM, diseccionar los eventos del proyecto y asignar las demoras a los agentes culpables de impactar las actividades críticas, según el cronograma establecido. Este método nos lleva a una asignación de daños de acuerdo a la demora producida, demora que es el resultado de los eventos de responsabilidad tanto del contratista como del propietario.

Creemos que el uso del CPM en demoras concurrentes es un método más científico de asignación de daños. Para muchos como Mathew Cocklin el empleo del CPM “es la mejor técnica para evidenciar la ruta crítica y la verdadera causa de los impactos de tiempo”⁶². La utilización del CPM tiene directa relación con el uso de la tecnología contemporánea en la gestión de proyectos. A este tipo de distribución “científica” la podemos denominar también como el método de distribución norteamericana (o *apportionment* norteamericano), la cual goza de gran acogida por la judicatura estadounidense frente a las demoras concurrentes.

Pasemos a un cuarto escenario para ejemplificar el uso del CPM. Supongamos que durante la ejecución de una carretera, según el cronograma de actividades, se ejecuta el componente “Movimiento de Tierras y Pavimentos”, considerando en una misma ventana de tiempo las actividades que son parte de dicho componente. En el gráfico (4) tenemos una ventana de tiempo donde vemos dos actividades que son impactadas en momentos diferentes por eventos de responsabilidad tanto del propietario (al término de la actividad Conformación de la Sub Rasante) y de responsabilidad del contratista (durante la actividad Corte del Terreno Natural). En este caso tenemos una demora concurrente constituida por eventos ocurridos en momentos diferentes, pero donde los impactos confluyen en el resultado final del componente (Movimiento de Tierras y Pavimentos).

El gráfico (4)⁶³ nos muestra un ejemplo del uso del CPM para demoras concurrentes. De este modo podremos disgregar las actividades afectadas en la ruta crítica y distribuir los impactos a cada uno de los agentes según los daños producidos por cada evento en cada actividad, considerando los días de atraso total del componente. El análisis de una ventana de tiempo por medio del CPM permite alcanzar una asignación de responsabilidad objetivamente comprobable, distribuyendo los impactos económicos como resultado de una correcta disgregación de daños por cada actividad, determinando la porción del impacto a ser cubierto por cada uno de los agentes responsables.

⁶² COCKLIN, Matthew. Óp. cit. p. 11.

⁶³ Gráfico (4) en colaboración con el ingeniero Rodríguez.

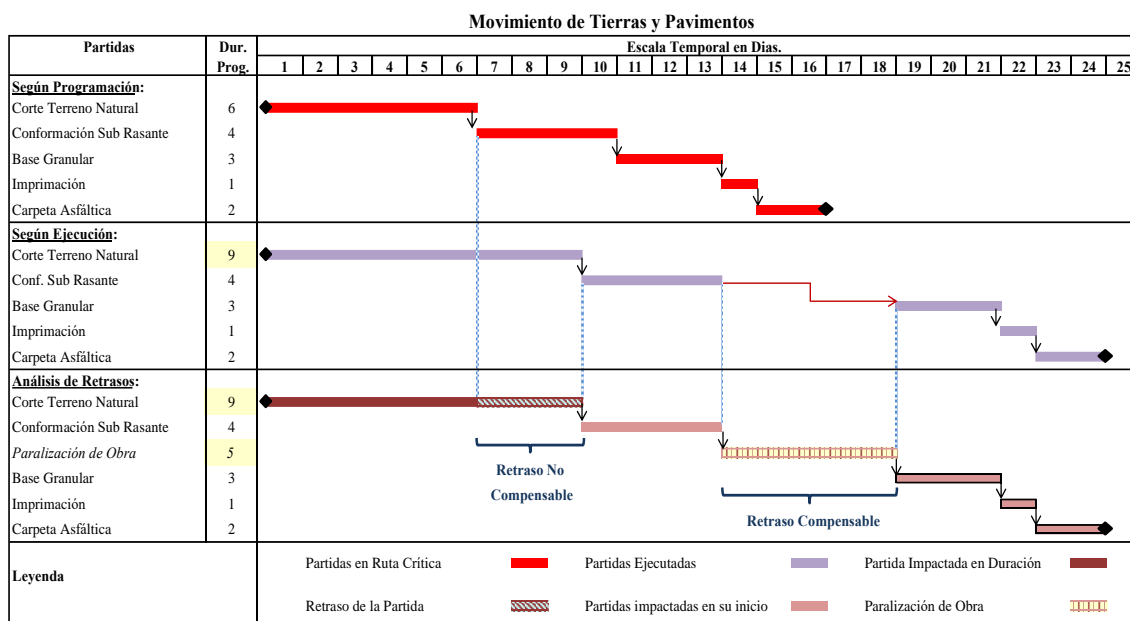


Grafico (4)

A partir del análisis CPM en eventos concurrentes, el juzgador podrá, gracias a las herramientas gráficas que aporta este método, asignar apropiadamente la demora en una ventana de tiempo. Sin este análisis sería difícil asignar la responsabilidad equitativamente a cada una de las demoras identificadas en la ruta crítica. Cuando no sea posible discriminar los impactos utilizando el CPM, será necesario pasar al siguiente método, la distribución de responsabilidad por demoras concurrentes.

3. Distribución de responsabilidad por demoras concurrentes

La distribución de responsabilidad que proponemos en el presente trabajo es el resultado de valiosos aportes provenientes de dos vertientes: la doctrina norteamericana referida al método *jury verdict* y la teoría de distribución escocesa (o *apportionment* escocés) considerado en el caso *City Inn v. Shepherd*. Como sabemos, el presente método de distribución será necesario sólo cuando los otros dos métodos (expuestos líneas arriba) no puedan utilizarse. Por lo tanto consideramos que este método es una solución residual a las dos anteriores.

En casos donde no existen registros suficientemente claros para determinar la magnitud exacta del daños de los eventos que surgen en momentos diferentes (como sí ocurre al utilizar el método del CPM), podremos emplear el método *jury verdict* para asignar la proporción del daño total a cada una de las partes. En este último caso, la decisión de utilizar el CPM o el método *jury verdict* dependerá justamente de la ausencia o no de los registros que ayuden a determinar numéricamente los daños de cada demora o porque la concurrencia de los eventos es más compleja.

Mediante el método *jury verdict*, según el procedimiento ya expuesto en el acápite C.3 del presente trabajo, el juzgador podrá identificar el “peso” de cada evento con relación a la afectación total del atraso. Por tanto, la asignación de responsabilidad se realizará de modo razonable determinando la relevancia de cada evento o acto de los agentes.

En caso no sea posible utilizar el método *jury verdict* por distintas razones que impidan identificar el mayor “peso” o relevancia de alguno de los eventos que generaron la demora, creemos necesario pasar al método de distribución de responsabilidad inspirado en el *apportionment*

escocés. El método de distribución propuesto se deberá utilizar siguiendo el razonamiento que dispone el Código Civil peruano en lo referente al factor de atribución del agente en materia de responsabilidad. Expliquemos brevemente.

El enfoque propuesto por el juez Drummond en el caso *City Inn* se basa fundamentalmente en dos elementos: (i), en el grado de culpabilidad de los agentes involucrados en las causas de demora; y, (ii) el ‘peso’ o importancia de cada uno de los eventos que influyeron en la demora (ya mencionado en el acápite B del presente trabajo).

Para el juez Drummond el análisis del “peso” o relevancia de los eventos que causan la demora concurrente sea igual de importante que el grado de culpa de los agentes, debiéndose considerar tanto la duración de la demora causada por cada uno de los eventos y el nivel de importancia de cada evento que influye en la demora total (similar al *jury verdict* norteamericano). Entonces, el monto resultante a ser distribuido, según el método de distribución escocés, es el resultado a partir del análisis de culpabilidad de los agentes y el nivel de importancia de los eventos en la demora resultante. Al ser el segundo factor muy próximo al método *jury verdict* (y siendo ésta última una vía previamente descartada para continuar con el análisis de fondo) el método de distribución a emplearse considerará principalmente el primer elemento del *apportionment* escocés como es el grado de culpa del agente.

Como hemos mencionado anteriormente, de acuerdo al artículo 1321, nuestra legislación civil reconoce el factor de atribución subjetiva como elemento esencial en la gradualidad del resarcimiento. Por lo tanto, ante una demora concurrente el juzgador podrá analizar el nivel de culpa de cualquiera de las partes al momento de asignar cierta responsabilidad en la cobertura de daños. El juzgador podrá utilizar la gradualidad del daño como lo dispone el artículo 1321 del Código Civil o realizar una razonable gradualidad en tanto el análisis probatorio lo permita frente al dolo, a la culpa inexcusable o a la culpa leve.

Por lo tanto, el examen del nivel de culpa del agente para la asignación de responsabilidad, propuesto por el juez Drummond, es un elemento válido a ser aplicado en nuestro derecho, no sólo por la mayoritaria doctrina proveniente del sistema de Derecho Civil, sino además por la cabida que nuestra legislación civil otorga al factor subjetivo del agente responsable.

En estas circunstancias los artículos 1318, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil son la bisagra que el juzgador peruano cuenta para tomar de la experiencia foránea ciertos métodos aplicables a nuestro ámbito como ocurre con el método de distribución de responsabilidad inspirado en el *apportionment* escocés, con la finalidad de resolver un caso de demoras concurrentes.

Con relación al análisis de culpa, el derecho de la construcción otorga las herramientas suficientes a los tribunales para poder dilucidar el nivel de responsabilidad de los contratantes según a su actuación. Consideramos que los principios del derecho de la construcción, los cuales son recogidos a partir de la constante experiencia en la industria de la construcción, pueden utilizarse para establecer el nivel de responsabilidad de los agentes. Entre los principales principios del derecho de la construcción a considerarse en este tipo de controversias tenemos los siguientes:

- a) Principio de cuidado diligente del contratista para cumplir los términos acordados. Este principio tiene directa relación con la obligación del constructor para concentrar sus esfuerzos no sólo en ejecutar su prestación según las condiciones acordadas, sino además, la de concentrar los esfuerzos razonables para proteger la obra ante cualquier amenaza que ponga en peligro su culminación oportuna. Este principio tiene como límite cualquier exigencia que sobrepase lo razonablemente esperado, de acuerdo a los recursos y experiencia que disponga el contratista. Por ello exigir la superación de un evento fortuito

o de fuerza mayor sería sobrepasar lo razonablemente esperado. En caso no ocurra una situación que vaya más allá de lo previsible y esperado y exista una falla en el cumplimiento de este principio, podríamos estar ante un caso de culpa. Serán las pruebas las que determinen el nivel de culpa, sea leve, inexcusable o una actuación con dolo.

- b) Principio de verdadera cooperación entre las partes. Este principio se deriva del principio de la buena fe contractual. Las partes se deben mutua cooperación, considerando además el objetivo común de los intervinientes como es la culminación del proyecto en el tiempo, calidad y el precio acordado. La debida cooperación debe ser practicada de modo constante, siendo su cumplimiento plenamente fáctico. Asimismo, el cumplimiento del mencionado principio se encuentra dentro del dominio de cada una de las partes y sólo depende de éstas su ejecución. El envío de información de modo pertinente, completo y claro a la otra parte; el otorgamiento de autorizaciones y permisos en el modo que eviten atrasos innecesarios, la no obstaculización a la contraparte en la ejecución de sus actuaciones sea por actos u omisiones; el evitar comunicaciones ambiguas, el promover relaciones de cordialidad y buen entendimiento, entre otras prácticas, serán la real demostración en el cumplimiento del principio de verdadera cooperación entre los agentes. Si alguna de las partes prueba alguna falta al principio de cooperación, como consecuencia de ello podrá acusar algún nivel de culpa en la contraparte.
- c) Principio del deber de dirección del propietario. Siendo el propietario quien encarga la ejecución de un determinado proyecto, tiene el derecho y el deber de establecer las directrices bajo las cuales se ejecutará la prestación a cargo del contratista, según lo contractualmente establecido. En caso exista alguna ambigüedad en la determinación de ciertos alcances, se requiera cierta información para avanzar los trabajos encargados o se necesite definir la ejecución de ciertas prestaciones y ninguna solución a estas necesidades se encuentra en los documentos contractuales, será el propietario quien ejerza su derecho y deber de dirección, llenando los vacíos o absolviendo las ambigüedades que se requieran, evitando las obstrucciones que pudieran generar dicha circunstancia en la prestación del contratista. Siendo el propietario el primer interesado en la culminación del proyecto según las cláusulas suscritas, no podrá trasladar dicha obligación de impulso al contratista y el contratista no deberá intervenir fuera del rol que le asiste el contrato. La ruptura de este principio podrá devenir en alguna falla de cualquiera de los contratantes, sobreviniendo en la culpa de la parte infractora.

Una vez establecido el procedimiento de solución, considerando los tres métodos expuestos como es el análisis de causa dominante, el método de ruta crítica y la distribución de responsabilidad por *jury verdict* o por el análisis de culpa del agente, es necesario considerar los eventos donde ninguna de las partes tiene intervención pero contractualmente se le asigna el deber de cobertura ante su surgimiento. El caso más recurrente es el caso fortuito o la fuerza mayor. Al no existir ninguna intervención de las partes, no es posible analizar la culpa del agente. En estos casos, cuando no es posible asignar cierta responsabilidad por la no actuación de ambas o de alguna de las partes, creemos pertinente otorgar el tiempo total involucrado en la demora concurrente a favor del contratista (o a la parte contractualmente favorecida ante un caso fortuito o un evento de fuerza mayor), considerando la imposibilidad de discriminar la demora causada por el evento externo de la demora causada por el contratista. Este criterio es similar al adoptado por los tribunales estadounidenses y los ingleses en lo que se refiere al otorgamiento de tiempo (como en el caso *Mailmason*).

Sin embargo, para la asignación del impacto económico, creemos fundamental analizar el nivel de culpa de la parte que falló u omitió la ejecución de su prestación a cargo. Debemos igualmente aplicar la regla impuesta por nuestro derecho civil de responsabilidad, considerando la obligación

de cubrir los daños a quien se le impute culpa leve, culpa inexcusable o por dolo. En estos casos, es necesario establecer el nivel de culpa del agente que falló u omitió su prestación y así determinar de modo razonable la proporción o porcentaje que se le deberá asignar para la cobertura de daños, sea mediante el pago o la compensación.

V. CONCLUSIONES

Las controversias relacionadas a las demoras concurrentes generan altos índices de conflicto, no sólo por los intereses comprometidos, sino además, por la complejidad de los elementos involucrados en éstas. Por ello la importancia de encontrar un camino de solución eficiente, más aún cuando la culminación de ciertas obras o la finalización de una disputa depende de una solución razonable.

Los intereses, los conflictos y los objetivos en torno a los proyectos de infraestructura seguirán siendo los mismos tanto en el Perú como en otras jurisdicciones, por lo que es necesario encontrar una “llave” eficiente y razonable que nos ayude a aligerar la carga que significa tener disputas sin una adecuada y eficiente salida. Creemos importante considerar para este fin lo siguiente:

- El procedimiento propuesto en el acápite E del presente trabajo compuesto por tres vías como es el método de la causa dominante, el método de Ruta Crítica (CPM) y el método de asignación de responsabilidad, es el resultado del estudio de la experiencia extranjera mediante la adaptación a nuestra realidad jurídica, según la legislación peruana y la doctrina proveniente del sistema de derecho civil.
- El mencionado procedimiento propone una determinada solución a una disputa originada por daños atribuibles a ambas partes. Será necesario considerar el orden de los métodos según el procedimiento propuesto, toda vez que el análisis de hechos será cada vez más riguroso conforme se pase de un método a otro. La actividad probatoria en esta tarea es altamente exigente.
- El procedimiento mencionado no solo busca una solución eficiente y razonable, sino además, evita beneficiar a quienes ejecuten sus prestaciones con negligencia o dolo o quienes dejen de ejecutar éstas por las mismas razones. De este modo, si una parte quisiera evadir alguna porción de responsabilidad sosteniendo la existencia de una demora concurrente, deberá probar además el nivel de responsabilidad en la demora final resultante.

Por lo tanto, obtener soluciones eficientes y equitativas será indispensable para alcanzar una industria más desarrollada, otorgando incentivos a aquellos que lleven adelante sus actividades con la debida diligencia, eficacia y cooperación. No hay otro camino de avance.

BIBLIOGRAFÍA.-

Legislación

Decreto Legislativo 1224 (Ley que promueve la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos).

Decreto Legislativo 295 (Código Civil peruano).

Ley 28296 (Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación).

Ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado).

Doctrina

BARBERO, Domenico. "Sistema del Derecho Privado". Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1967.

BARCHI VALEOCHAGA, Luciano; OSTERLING PARODI, Felipe y otros. "Código Civil Comentado por los mejores 100 Especialistas". Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica. 2004.

BARRY, Bramble y Michael CALLAHAN. "Construction Delay Claims". Cuarta edición. Nueva York: Wolters Kluwer. 2011.

COMITÉ DE REDACCIÓN DEL PROTOCOLO DE LA SCL DE REINO UNIDO. "Protocolo de Demora y Disrupción de la Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido (The Society of Construction Law UK Delay and Disruption Protocol)". Londres. 2002.

DENNYS, Nicholas; REASIDE, Mark y Robert Clay WALLACE. "Hudson's Building and Engineering Contracts". Décima Edición. Londres: Sweet & Maxwell. 2008.

MARRIN, John. "Concurrent Delay Revisited". En: <https://www.scl.org.uk/papers/concurrent-delay-revisited>

WINTER, Jeremy. "How Should Delay be Analysed - Dominant Cause and Its Relevance to Concurrent Delay". En: <https://www.scl.org.uk/papers/how-should-delay-be-analysed-dominant-cause-and-its-relevance-concurrent-delay>

COCKLIN, Matthew. "International Approaches to the Legal Analysis of Concurrent delay: Is there a Solution for English Law?". En: <https://www.scl.org.uk/papers/international-approaches-legal-analysis-concurrent-delay-there-solution-english-law>

ENNECCERUS, Ludwig. "Derecho de Obligaciones". Revisión por Heinrich Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Volumen I: Doctrina General. Segunda Edición. Barcelona: Bosch. 1954.

LIVENGGOOD, John. "Comparison of English and U.S. Law on Concurrent Delay". En: https://www.mosaicprojects.com.au/PDF_Papers/P011_Concurrent_Delays-2.pdf

LONG, Richard J. "Analysis of Construction Delay on Construction Claims". En: http://www.long-intl.com/articles/Long_Intl_Analysis_of_Concurrent_Delay_on_Construction_Claims.pdf

OSTERLING PARODI, Felipe. "Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa". En: Homenaje al doctor Rómulo E. Lanatta Guilhem. Lima: Cultural Cuzco Editores. 1986.

OSTI, Giuseppe. "Revisione Critica della teoria sulla impossibilità della prestazione". En: Rivista di Diritto Civile 10. 1954.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. "Tratado práctico de Derecho Civil francés". Tomo VII, segunda parte. Traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural S.A. 1945.

ZACK, James G. Jr. y Emily R. FEDERICO. "Concurrent Delay - The Owner's Newest Defense". En: <http://www.constructioncpm.com/SessionCaptures/2013PDFs/WED11%20-%20Concurrent%20Delay%20-%20Owner's%20Newest%20Defense.pdf>

Jurisprudencia

AACE International Recommended Practice 29R-03 "Forensic Schedule Analysis". AACE International, Morgantown, WV. 2011. Section 4.2.C.1.

Adyard Abu Dhabi v. SD Marine Service (2011) EWHC 848 (Comm), (2011) BLR 384, 136 Con LR 190.

Balfour Beatty Ltd v. Chestermount Properties Ltd (1993).

Beauchamp Constr. Co. v. United States, 31 Fed. Cl. 177, 259 (1994).

Blinderman Construction Co. v. The United States, 695 F. 2d 552 (10 de diciembre de 1982).

City Inn v. Shepherd Construction Ltd (2007) Corte Outer House.

Cline Construction Company v. The United States. ASBCA 28600 (1984).

Coath & Gross Inc. v. US 101 Ct Cl 702 (1944).

George Solitt Construction v. U.S., 64 Fed. Cl. 299, 241 (2005).

Henry Boot Construction (UK) Ltd v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd (1999) 70 Con LR 32, TCC.

H. Fairweather & Co Ltd v. London Borough of Wandsworth (1987) 39 BLR 106 (OR).

J.B.L. Construction Company Inc. v. United States. VABCA 1799 (1985).

Jefferson Hotel Co v. Brumbaugh 168 (1882).

Orient-Express Hotels Ltd v. Assicurazioni General Spa (2010) EWHC 1186.
Shok v. Dozier (1909).

Smith v. The United States, 34 Fed. Cl. 313 (1995).

Stewart v. Keteltas del Estado de Nueva York de 1867. WL 6457 (1867).

Tyger Constr. Co. v. United States, 14 Cl. Ct. 430, 437 (1988).

Walter Lilly & Co Ltd v. Mackay (2012) EWHC 1773 (TCC), (2012) BLR 503, 143 Con LR 79.