

NEC: ¿Bola de cristal o espejo retrovisor?

Evaluación de reclamaciones de tiempo una vez ocurrido el evento en el marco de un contrato NEC

El contrato NEC¹ (por sus siglas en inglés, *New Engineering Contract*) promueve un **enfoque prospectivo** para demostrar el derecho a tiempo adicional. Establece un procedimiento detallado para la gestión del programa, que exige su actualización periódicamente para reflejar el estado real de los trabajos. Cuando se produce un evento, su **impacto previsto** sobre los trabajos restantes puede ser aislado y evaluado. Sin embargo, incluso cuando el impacto real ya se conoce, el contrato sigue exigiendo un enfoque prospectivo para evaluar el tiempo. Esto puede generar una desconexión entre la cotización original del contratista y lo que realmente sucedió.

El enfoque del NEC

En el contrato NEC, el cambio se gestiona conforme a la Cláusula Esencial 6: «*Eventos Compensables*» (**EC**). El contratista puede notificar un EC como uno de los eventos que se enumeran en el contrato (**cláusula 60.1**). A menos que el evento surja de una instrucción o comunicación del Gerente del Proyecto, el Contratista debe notificar el evento en un plazo de ocho semanas desde que tenga conocimiento del mismo. Si no lo hace, la reclamación quedará prescrita, lo que llevará al contratista a perder cualquier derecho a tiempo adicional (**cláusula 61.3**).

El tiempo se evalúa impactando el último Cronograma Aceptado (**cláusula 32**) vigente en el momento en que se notifica el EC (**cláusula 63.3**) y estimando el efecto del cambio sobre los trabajos restantes (**cláusula 62.2**). Si no existe un Cronograma Aceptado, o si el Gerente del Proyecto considera que la evaluación del contratista no es razonable o no cumple con el contrato, el Gerente del Proyecto tiene derecho a realizar su propia evaluación (**cláusula 64.1**). Una vez que el Gerente del Proyecto acepta la evaluación del contratista o proporciona la suya propia, se implementa el EC, y el resultado no puede modificarse retrospectivamente, incluso si más adelante se demuestra que la evaluación era incorrecta (**cláusula 65.2**).

Este enfoque respalda el principio del NEC de evaluar los retrasos de forma contemporánea, al promover una **evaluación prospectiva** y de **previsión del impacto** del cambio, en el momento en que se notifica o instruye el EC.² Sin embargo, dado el tiempo que puede haber transcurrido entre la presentación de la evaluación y su revisión por parte del Gerente del Proyecto, y en última instancia, la implementación del EC, es habitual que surjan problemas sobre hasta qué punto pueden tenerse en cuenta los acontecimientos reales que hayan podido ocurrir durante ese periodo, especialmente en casos de controversia. Si la evaluación no se realiza en el momento oportuno o las partes no están de acuerdo sobre qué resultado es «*justo y razonable*», el mecanismo contractual puede volverse inoperante.

Situaciones potenciales de controversia

Algunos problemas comunes que pueden derivar en controversias:

- **Reclamaciones fuera de plazo:** Si un EC no es notificado oportunamente dentro del plazo prescrito, el Contratista perderá su derecho (**cláusula 61.3**). En consecuencia, si el Contratista

¹ A los efectos de este artículo, las cláusulas del contrato hacen referencia al contrato NEC3.

² El NEC distingue entre el momento en que ocurre el evento y el momento en que es notificado, siendo este último el punto en el que se lleva a cabo la evaluación del EC.

no era consciente del impacto que un EC tuvo con respecto al cronograma en el momento que dicho evento ocurrió, y decide presentar una reclamación por un EC solo después de que expire el plazo prescrito, lo más probable es que su reclamación sea rechazada por el Gerente del Proyecto.

- **Desacuerdo sobre la validez del EC:** El Contratista puede notificar un EC que el Gerente del Proyecto no acepta como tal (**cláusula 60.1**). Si posteriormente se acepta un EC relacionado, podría surgir un desacuerdo sobre qué fecha de notificación debe utilizarse como referencia para realizar la evaluación del tiempo adicional.
- **Evaluaciones contradictorias:** Incluso cuando un Contratista ha notificado oportunamente un EC y ha presentado su evaluación conforme al contrato, el Gerente del Proyecto puede igualmente no estar de acuerdo, teniendo la facultad de rechazarla y proporcionar su propia evaluación (**cláusulas 64.1-61.4**). Esto es particularmente relevante si el efecto real del EC se conoce antes de que se implemente el EC. Podría surgir una controversia sobre si, tras el evento, se debe seguir evaluando el EC en base a la previsión del Contratista o si debe tenerse en cuenta el efecto real.

Hay división de opiniones en cuanto a si el Gerente del Proyecto tiene derecho a llevar a cabo dicha evaluación retrospectiva, especialmente cuando la evaluación del Contratista está fundamentada, es razonable y cumple debidamente con las disposiciones del contrato. Con esto en mente, ¿cuáles son los enfoques posibles cuando ambas partes conocen los hechos reales?

Enfoques posteriores al evento

En estas circunstancias podrían utilizarse tres enfoques para evaluar el derecho a tiempo adicional en el marco del NEC, una vez ocurrido el evento:

1. Un enfoque **prospectivo (contemporáneo)**³, tal y como lo exige el contrato NEC, que determina la ruta crítica y evalúa el impacto previsto en la Culminación planeada en el momento de la notificación del evento compensable o la instrucción del Gerente del Proyecto.⁴
2. Un enfoque **prospectivo (retrospectivo)**, que también determina la ruta crítica en el momento en que se notificó el evento, pero se centra en comprender el alcance del retraso una vez que se conoce y puede medirse el impacto real, es decir, con el beneficio de la retrospectiva.
3. Una **visión «totalmente» retrospectiva**: que considera todos los eventos reales y revisa la situación de los trabajos con el beneficio de la retrospectiva, incluyendo posibles ineficiencias del Contratista incurridas después de la fecha de cambio, en otros trabajos no relacionados con el evento compensable que se evalúa.⁵

Estos enfoques generarán resultados diferentes, lo que a menudo lleva a las partes a elegir el enfoque que aparentemente les resulta más beneficioso para defender su posición.⁶

Desde el punto de vista del análisis de retrasos, el NEC exige que se determine la ruta crítica contemporáneamente, ya que el Contratista debe presentar un cronograma para su aceptación en

³ La visión contemporánea se basa en un enfoque «prospectivo» (hacia adelante) para estimar la parte que no se ha completado de los trabajos en el momento de la evaluación.

⁴ Cláusulas 61.1 y 61.3.

⁵ La determinación de la ruta crítica real, es decir, la secuencia más larga restante hasta la finalización, se basará en la duración real de una actividad y no en la duración que el Contratista ha estimado, lo que probablemente generará resultados diferentes.

⁶ Fluor vs. Shanghai Zhenhua Heavy Industry Co (2018) EWHC 1 (TCC) en 275.

cada período de reporte (**cláusula 32**). Para evaluar el tiempo adicional, el Contratista inserta una secuencia estimada para el EC («*fragnet*») en el último Cronograma Aceptado, este último actualizado a la fecha de notificación del EC («*fecha de cambio*»), demostrando así el impacto sobre los trabajos restantes debido al EC (**cláusula 62.2**).

Como resultado, si el Contratista no notifica oportunamente el EC tan pronto como tenga conocimiento del evento, parte (o la totalidad) del efecto del EC puede haber ocurrido antes de la «*fecha de cambio*», y haber afectado potencialmente la ruta crítica en ese momento, reduciendo así el alcance del impacto sobre la Culminación prevista (**cláusula 63.3**).

La pregunta entonces es: ¿existe un enfoque preferido para usar después del evento?

Consideraciones contractuales

Algunos comentaristas subrayan que la **cláusula 10.1**, que establece que «*El Empleador, el Contratista, el Gerente del Proyecto y el Supervisor actuarán según se estipula en el presente contrato...*», ofrece un argumento sólido a favor de seguir las disposiciones del contrato, es decir, de un enfoque prospectivo. No obstante, en la mayoría de los casos, la principal razón por la que las partes entran en conflicto es precisamente porque el contrato no se ha seguido como estaba establecido.

Otro argumento esgrimido es que, conforme a la **cláusula 65.2**, «*no se revisa la evaluación (de un EC) si una proyección en la que se basa resulta ser errónea en base a información conocida posteriormente*». Quienes defienden el enfoque prospectivo sostienen que esto ofrece un argumento sólido para impedir que las partes reabran retrospectivamente una cotización o una evaluación de tiempo y coste adicional una vez acordado el EC. Sin embargo, esto no cubre aquellas situaciones que surgen a menudo en situaciones de controversia, donde nunca se presentó la cotización adecuadamente o el EC nunca se implementó (aceptó) formalmente. Queda la pregunta sobre cómo proceder si se demuestra que la secuencia prevista es incorrecta antes de que el EC sea implementado. Un análisis retrospectivo podría demostrar que el EC no tuvo, en la práctica, un impacto crítico sobre la Culminación prevista. El NEC no aborda de manera clara cómo proceder en tal situación más allá del procedimiento contractual, ni indica si las partes pueden tener en cuenta hechos conocidos como una forma de «*verificación objetiva*» de la evaluación prevista. ¿Existe alguna otra orientación que indique qué enfoque debe adoptarse?

Guías de la industria de la construcción

El Protocolo de la SCL establece que «*ya no existe una metodología preferida para analizar retrasos cuando dicho análisis se realiza mucho tiempo después del evento de retraso o de sus efectos*»⁷, subrayando así que cualquier conclusión debe basarse en el sentido común.⁸ Sin embargo, en la sección 11.3, proporciona los criterios que deben tenerse en cuenta para seleccionar el método de análisis, y las condiciones contractuales son enumeradas como el primer factor a tener en cuenta, lo que parecería indicar que debe hacerse referencia al procedimiento contractual que se establece en el NEC.

⁷ Protocolo de la SCL sobre Retrasos e Interrupciones, 2ª edición, página 3, sección K(c).

⁸ Protocolo de la SCL sobre Retrasos e Interrupciones, 2ª edición, página 32, sección 11.2

De forma similar, las Notas de Orientación del NEC3, versión 2005, describen cuál es la finalidad de la «*fecha de cambio*» del siguiente modo:⁹ «*Esto impide que el Gerente del Proyecto realice una elección retrospectiva y selectiva entre una cotización y los costes registrados finales para abordar un evento compensable*». *Esta práctica nunca se pretendió permitir...*¹⁰ De hecho, de acuerdo con el NEC, un Adjudicador/Dispute Board también está obligado a realizar «*su evaluación del mismo modo en que se evalúa un evento compensable*». **(cláusula W2.3(7))**. Sin embargo, esta redacción clara no se extiende al enfoque que debe seguir un tribunal, ya que se establece que «*[Una] Parte no está limitada en procedimientos ante un tribunal por la información o las pruebas presentadas al Adjudicador/Dispute Board*» **(cláusula W.2.4(3))**. Sigue sin estar claro si un tribunal debe o no «*hacer la vista gorda*» ante hechos que ya sabe que han ocurrido y volver a evaluar los eventos utilizando un enfoque puramente prospectivo como dicta el contrato NEC.

El principal texto de referencia sobre el tema, *Keating on NEC3*, resalta que debe preferirse la evidencia fáctica en vez de un enfoque especulativo antes de la implementación del EC, y subraya que el sentido común sugiere que sería erróneo ignorar pruebas reales, lo que llevaría a una evaluación poco razonable e incompatible con los principios de la evaluación de daños. En el capítulo 7, cláusula 63, se establece «*...que probablemente la mejor interpretación sea que el Gerente del Proyecto tiene derecho a decidir que una cotización no es correcta si los acontecimientos posteriores ocurridos en el momento en que considera la cotización revelan que el efecto del evento compensable [...] no fue el que se especificó en la cotización. Si el Gerente del Proyecto realiza su propia evaluación, debe seguir la cláusula 63.1 [...] aunque probablemente se puedan tener en cuenta acontecimientos posteriores para realizar la evaluación.*»¹¹

El texto continúa proponiendo que el NEC, en la práctica, permite una reevaluación de un evento compensable previamente notificado, mediante la aplicación de dos disposiciones. **La cláusula 61.6** exige que el Gerente del Proyecto formule supuestos si el evento compensable es «*demasiado incierto para preverlo razonablemente*». Estos supuestos pueden corregirse si más adelante se demuestra que son erróneos, una vez que el efecto del evento se ha materializado completamente, dando lugar a un nuevo EC conforme a la **cláusula 60.1(17)**, lo que restablece la «*fecha de cambio*» a una fecha posterior que incluya los hechos reales hasta ese momento.

¿Qué dicen los tribunales?

Existe una orientación limitada sobre esta cuestión en decisiones judiciales. La naturaleza prescriptiva del NEC sugeriría que debe adoptarse un enfoque prospectivo, incluso en un foro de resolución de controversias posterior al evento. Sin embargo, en el caso ***Northern Ireland Housing Executive vs. Healthy Buildings Ltd***¹², el tribunal sostuvo que, aunque el régimen del NEC3 se fundamenta en un análisis prospectivo, la evaluación posterior al evento debe «*basarse en la mejor información posible sobre el coste y el tiempo realmente invertidos*», lo cual en este caso consistía en pruebas de lo que ocurrió.¹³ De forma similar, en el caso ***Imperial Chemical Industries Ltd (ICI) vs. Merit Merrell Technology Ltd***¹⁴, el tribunal sostuvo que, aunque una evaluación anterior pueda tener «*un peso probatorio significativo*»¹⁵, no es vinculante y puede ser reabierta y revisada en un contexto de controversia, dado que «*no hay nada en el contrato NEC3 [...] que establezca que la evaluación del*

9 La «*fecha de cambio*» es un concepto que se menciona en las Notas de Orientación del NEC3, pero el principio subyacente emana del texto de las cláusulas 63.1 y 63.3 del contrato.

10 Notas de Orientación del NEC3 ECC, abril de 2005, comentario a la cláusula 63.1

11 *Keating on NEC3*, primera edición 2012, párrafo 7-114

12 [2017] NIQB 43, de carácter persuasivo pero no vinculante en Inglaterra y Gales.

13 *ibid* [48]

14 [2018] EWHC 1577 (TCC)

15 *ibid* [69]

Gerente del Proyecto sea concluyente respecto a los derechos de las partes». ¹⁶ Independientemente de la recomendación de una evaluación prospectiva según el marco del NEC, los tribunales ingleses no parecen dispuestos a ignorar pruebas que demuestren lo que realmente ocurrió después del evento.

Más recientemente, en el caso **UK Grid Solutions and Amey Power Services vs. Scottish Hydro Electric Transmission** ¹⁷, aunque el Tribunal no se pronunció específicamente sobre la cuestión de enfoque prospectivo frente a enfoque retrospectivo, sí se siguió el criterio del Adjudicador y se mantuvieron sus conclusiones. El Adjudicador concluyó que el enfoque prospectivo adoptado por el demandante respecto a los eventos compensables era el correcto y que la evaluación debería haberse realizado en el momento en que el Gerente del Proyecto había, o debería haber, instruido al Contratista a presentar una cotización. ¹⁸ Por el contrario, el demandado sostuvo que debía adoptarse un enfoque retrospectivo.

Sin embargo, se argumenta ampliamente que, en *Healthy Buildings* e *ICI*, ninguna de las partes ejecutó el contrato conforme a lo estipulado, por lo que se sugiere que los tribunales recurrieron al principio compensatorio que se establece en **The Golden Victory** ¹⁹, según el cual deben tenerse en cuenta los eventos ocurridos después del incumplimiento que reduzcan la pérdida de la parte reclamante, a fin de evitar una compensación excesiva. ²⁰ Queda por verse cuál sería el resultado si una parte reclamante que ha cumplido con el contrato impugna la compensación otorgada.

Conclusiones y repercusiones prácticas

¿Qué enfoque se debe utilizar para evaluar los eventos compensables una vez que ha ocurrido el evento? Si bien el contrato NEC es claro respecto a cómo debe evaluarse un EC a medida que avanzan los trabajos, este ofrece una orientación limitada sobre cómo deben evaluarse los EC en aquellos casos en los que el impacto real se hace evidente. Esto genera incertidumbre en las controversias, cuando:

- las partes no siguieron el procedimiento estipulado en el contrato;
- el EC no fue notificado dentro de los plazos estipulados;
- el efecto del EC se ha materializado completamente y puede medirse;
- la ruta crítica ha cambiado significativamente desde la notificación del EC;
- el efecto del EC no puede aislarse retrospectivamente del resto de los cambios que afectan a los trabajos;

Estas cuestiones demuestran que, si las partes desean evitar incertidumbres, deben asegurarse de seguir el contrato. El beneficio radica en disponer de un mecanismo claro y bien definido para evaluar los cambios cuando ocurren. La filosofía del NEC es evaluar las reclamaciones relacionadas con el tiempo mientras los hechos son aún recientes, de modo que los EC puedan implementarse lo antes posible y el proyecto pueda avanzar, evitando así caer en una controversia. ²¹ En resumen, el NEC promueve la colaboración como un mecanismo para evitar conflictos.

¹⁶ *ibid* [67]

¹⁷ [2024] CSOH 5

¹⁸ *ibid* [47]

¹⁹ [2007] UKHL 12

²⁰ *ibid* [83]

²¹ Notas de Orientación del NEC3 ECC, abril de 2013, página 3.

Tal como lo demuestran los principales textos especializados y la jurisprudencia, en una situación de controversia puede resultar difícil para la parte reclamante convencer a un tribunal de que tiene derecho a más tiempo del que puede demostrarse realmente una vez ocurrido el evento. La jurisprudencia sugiere que los tribunales prefieren un enfoque retrospectivo.²² Además, las partes pueden recurrir a otros argumentos jurídicos como el retraso concurrente, la mitigación de pérdidas o la prueba de que el contratista no habría incurrido en dicha pérdida en ningún caso «de no haber sido por» el evento compensable, argumentos que no se habrían presentado si el EC se hubiese implementado conforme al contrato.²³

Los análisis puramente prospectivos realizados una vez ocurrido el evento **han sido generalmente criticados** por los tribunales y mal vistos por las guías de la industria, ya que el objetivo al evaluar el derecho a tiempo adicional debe centrarse en lograr un resultado «*justo y razonable*», lo cual, no parece ser el caso si se ignoran por completo hechos y circunstancias ya conocidos durante la evaluación.²⁴ Como resultado, parece haber una desconexión entre lo que estipula el NEC como enfoque correcto mientras avanzan los trabajos, y el enfoque que los principales comentaristas y jueces suelen considerar razonable después del evento: es decir, el uso de registros reales como fuente de información para evaluar reclamaciones que no se acordaron previamente durante el proyecto.

Ante esta situación, no resulta extraño que los expertos en retrasos adopten un **enfoque pragmático** en el que se respeta el procedimiento contractual contemporáneo (ruta crítica determinada en el momento), pero paralelamente se recurre al beneficio de la retrospectiva para reconstruir, a partir de registros fácticos, el impacto del evento compensable, sin considerar otras ineficiencias posteriores a la «fecha de cambio» (impacto evaluado retrospectivamente). Este enfoque «*prospectivo-retrospectivo*» ofrece a quienes tienen la misión de tomar decisiones una «*verificación objetiva*» que les ayuda a determinar si la previsión era razonable en su momento.

Independientemente del enfoque utilizado, el objetivo final de la parte reclamante debe ser convencer a la persona encargada de la decisión, mediante una justificación basada en un análisis detallado y en base a datos contrastados, de que el impacto sobre la Culminación prevista debido al Evento Compensable es «justo y razonable», evitando así resultados excesivamente teóricos o exagerados.

22 Robinson, L. «*Claims for compensation events – how should a contractor prove its claim for time?*» CLJ 2012, 28(6), 511

23 En el marco del NEC, se reconoce que estas cuestiones están contempladas en el procedimiento contractual: a) el análisis del efecto de un evento compensable se lleva a cabo una vez considerado el efecto del retraso del Contratista (falta de avances), b) el tiempo y el coste se evalúan conjuntamente.

24 *McAlpine Humberoak vs. McDermott International Inc (No1)* [1992] 58 BLR 1 en [45], *Great Eastern Hotel Company Ltd vs. John Laing Construction Ltd & Anor* [2005] EWHC 181 (TCC) en [184], *Bluewater Energy Services BV vs. Mercon Steel Structures BV* [2014] EWHC 2132 (TCC) en [324]

Para más información sobre cómo evaluar eventos compensables según el marco del NEC una vez ocurrido el evento, puede contactar con Angel Dominguez.

Angel Dominguez actúa como perito en asuntos de retrasos e interrupciones en litigios de construcción, ingeniería civil y energía. Es Ingeniero Civil Colegiado con más de 15 años de experiencia en la gestión y planificación de proyectos de infraestructura, construcción y energía en todo el mundo.



Correo electrónico: angel.dominguez@rimkus.com

Teléfono: +44 7780 129489

Enlace a perfil profesional: [Angel G. Dominguez, MSc \(Dist\), MEng \(Hons\), CEng MICE, FCI Arb | Rimkus](#)