



RELACIÓN MANDANTE CONTRATISTA

DESAFÍOS POSPANDEMIA

- La crisis por COVID-19 ha causado un impacto en diversos aspectos del sector. Uno de ellos, la relación entre mandantes y contratistas que han visto alterada la ejecución de sus proyectos y obras. Modificaciones en los plazos de ejecución, menor productividad y aumento de costos asociados predicen una revisión a los diversos contratos. El sector apunta a que este escenario sea una oportunidad para avanzar hacia relaciones contractuales más productivas y colaborativas que son también justas y equilibradas, basadas en la buena fe y la comunicación efectiva.

ALFREDO SAAVEDRA L.
PERIODISTA REVISTA BIT



SHIVENDU-SHUKLA-3YOTPUYBZY / UNSPLASH

C

ON EL AVANCE de la pandemia por COVID-19, los días no han sido fáciles. Con una cuarentena que en el caso de Santiago se ha extendido por meses, el sector Construcción se ha visto golpeado por una crisis sanitaria que evoluciona sin un término claro. A modo de contexto, la enfermedad por COVID-19, cuya expansión ha provocado la actual pandemia, comenzó en diciembre del año pasado en la ciudad de Wuhan, China, donde la Organización Mundial de la Salud (OMS) registró el primer caso. Esta enfermedad produce síntomas similares a los de la gripe, entre los que se incluyen fiebre, tos seca, disnea, mialgia y fatiga. En casos graves, puede producir neumonía, síndrome de dificultad respiratoria aguda, sepsis y choque séptico que, de acuerdo a la OMS, conduciría a cerca de 3,74% de los infectados a la muerte. El virus causante de la enfermedad de COVID-19, se transmite con suma facilidad mediante pequeñas gotitas emitidas al hablar, estornudar o toser, que pasan a otra persona mediante la inhalación o al quedar sobre objetos y superficies que pueden entrar en contacto con las membranas mucosas orales, nasales y oculares, al tocarse la boca, nariz u ojos. En Chile, el primer caso se confirmó el 3 de marzo y, desde ahí, los contagiados y fallecidos han ido en aumento.



Las medidas sanitarias tomadas por la autoridad han afectado a las obras, no solo en términos de construcción, sino que también en lo contractual. Los costos de las paralizaciones son muy altos (por los proyectos detenidos, menor productividad, etcétera).

Debido a la forma de transmisión y sin la existencia de una vacuna, el distanciamiento y aislamiento social han sido claves en la contención de esta enfermedad a nivel mundial; sin embargo, esto ha traído grandes desafíos no solo sociales y emocionales, sino también económicos ya que afecta todas las actividades productivas, incluyendo al sector de la construcción, que de acuerdo a un catastro elaborado periódicamente por la Cámara Chilena de la Construcción (CChC) a partir de información propia, de GFK Adimark, de BMI Servicios Inmobiliarios y de las medidas anunciadas por la autoridad que regían desde el pasado lunes 17 de agosto, eran 438 los proyectos habitacionales a nivel nacional que estaban paralizados por encontrarse en comunas en cuarentena: 254 de ellos ubicados en la Región Metropolitana y 184 en las demás regiones (es importante señalar que las medidas sanitarias pueden haber cambiado entre la fecha de redacción y la de publicación de este artículo).

RELACIÓN MANDANTE CONTRATISTA

Con las medidas sanitarias tomadas por la autoridad las obras se han visto afectadas no solo en términos de construcción, sino que también en lo contractual. Según cuentan algunos de los entrevistados, los costos de las paralizaciones son muy altos. “La menor productividad en el sector, la menor disponibilidad de la mano de obra, de proveedores y subcontratistas, los inconvenientes logísticos y las restricciones impuestas por las medidas sanitarias, entre otros efectos adversos, han hecho

más costosa la actividad y menos eficientes los recursos iniciales planificados, lo cual afecta los plazos y los costos de manera muy significativa”, explica el abogado Víctor Ríos, socio de Molina Ríos Abogados y director de la Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción, agregando que esto no es solo un tema de mayores plazos, con sus gastos generales asociados. “Ahora se requerirá de mayores recursos directos para sostener la actividad y los rendimientos en un mayor plazo de duración. El otorgamiento de mayores plazos es solo una parte de la solución”, señala el también representante de Chile ante la Alianza del Pacífico en Infraestructura y miembro del Comité MOP-CChC-Instituto de la Construcción para la reforma RCOP.

Además de los costos por productividad y plazos, también se suman aquellos asociados a los estrictos protocolos que se deberían aplicar en cuanto a menor aforo de transporte, nuevos elementos de seguridad, aforos en campamentos y casinos, entre otros. “La distribución de estos mayores costos que son imprevistos para todos, ha

sido dispar. Por un lado han estado un grupo de empresas más asociadas al mundo privado y minero donde se ha conversado y buscado una distribución equitativa de estos costos y por otro lado, en el mundo de mandantes públicos, no ha habido el mismo entendimiento, llevando en algunos casos a situaciones bastante complejas”, cuenta Sergio Correa, gerente general corporativo de Empresas CONPAX S.A.

Y es que la crisis sanitaria por COVID-19 ha presentado diversos desafíos en las distintas áreas que abarcan los contratos de construcción, afectándolos con variada intensidad durante todas sus etapas, desde la imposibilidad transitoria de ejecución a problemas con proveedores, transporte o personal. Para el abogado José Manuel Valencia, socio de Aylwin, Mendoza, Luksic & Valencia, lo anterior implica dar una nueva mirada y, eventualmente, una revisión de los contratos a la luz de los eventos asociados a la crisis sanitaria, particularmente en lo referente a la aplicación de la fuerza mayor y sus efectos en los contratos suscritos, así como la posibilidad de dar continuidad a los proyectos ante una nueva realidad que cambia las condiciones iniciales en que los contratos fueron pactados. “El principal problema está en los contratos en ejecución, donde probablemente tanto el mandante como el contratista se encontrarán en dificultades para cumplir sus obligaciones en el tenor que fueron suscritas. Los plazos son tan solo uno de los

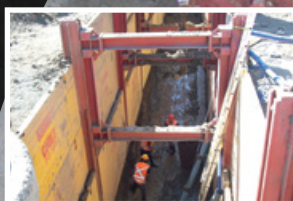
elementos que será debatido, dentro de muchos otros, tales como las compensaciones producto de las paralizaciones, costos asociados a retomar las obras, negociación de los nuevos precios para seguir adelante con ellas debido al cambio de circunstancias, y otros tantos temas que las partes deberán acordar para viabilizar el término de las obras”, explica el abogado, agregando que el gran punto será entonces si las partes están dispuestas a modificar sus contratos con la finalidad de sacar adelante los proyectos de infraestructura en ejecución.

MEDIDAS SANITARIAS, FUERZA MAYOR Y BUENA FE

Ante la situación que vive el país, las autoridades han ido tomando una serie de medidas que incluyen normas y actos administrativos excepcionales que si bien buscan resguardar la salud de la población, han tenido un impacto en las actividades produc-

SOLUCIÓN INTEGRAL EN ENTIBACIONES METÁLICAS

Amplia gama de productos que se adecuan a cada necesidad, para una protección óptima de excavaciones.



- Sistemas de cajones KS-60 (bajas profundidades)
- Sistemas de cajones KS-100
- Sistemas de guías deslizantes (profundidades mayores)
 - Sistema corredera
 - Sistema paralelo
 - Sistema esquinero para pozos, cámaras y plantas elevadoras

EXPERIENCIA · RAPIDEZ · SEGURIDAD · EFECTIVIDAD

Casa Matriz: Flor de Azucenas 42, oficina 21. Las Condes. Fono: 2 2241 3000

Bodega: Portezuelo, Parcela 1 A lote 3. Colina. Fono: 2 2745 5424

www.krings.cl • email: contacto@krings.cl

La crisis por COVID-19 llevará a mandantes y contratistas a buscar soluciones más colaborativas para tratar los conflictos y divergencias que surjan en las obras, obligándose las partes a buscar soluciones dinámicas, rápidas y equitativas.



JACK-SLOOP_ FBCEBUBIYM / UNSPLASH

tivas. Según se explica en el sitio web de la Cámara Chilena de la Construcción (CChC) en el apartado sobre aporte a relaciones contractuales, estos actos de la autoridad, “han generado múltiples interpretaciones acerca de sus consecuencias ante la imposibilidad de dar oportuno cumplimiento a las obligaciones establecidas en los contratos, tanto en el ámbito público como en el privado”. En el sitio se explica que situaciones como la declaración de Estado de Catástrofe y los decretos de aislamiento o cuarentena, “constituyen un caso fortuito o fuerza mayor al tratarse de actos administrativos emanados de las máximas autoridades de la Administración del Estado, que gozan de ‘imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios’ y, por lo mismo, se imponen forzosamente, aun contra la voluntad de los particulares, cumpliéndose así las condiciones de ‘exterioridad’, ‘imprevisibilidad’ e ‘irresistibilidad’ que exige el Código Civil para que se configure la fuerza mayor”. En la publicación se agrega que los actos de autoridad ejercidos para controlar la propagación de la pandemia de COVID-19, en la práctica, han impedido a contratistas de obras de construcción cumplir con sus obligaciones contractuales. “Sin embargo, dado que las partes están ante un caso fortuito o fuerza mayor, estos actos tienen el potencial de provocar un efecto ‘liberador’ de responsabilidad, lo que permite al deudor resultar eximido ante la falta de ejecución fiel y oportuna de su obligación”, se indica, agregando que la concurrencia del efecto liberatorio de responsabilidad debe ser evaluada caso a caso, considerando la forma y la duración en que la medida adoptada por la autoridad produce un obstáculo o impedimento para el cumplimiento de la obligación específica de que se trate. “No corresponde a una de las partes establecer la causal de fuerza mayor como eximente de su responsabilidad en forma genérica, tras-

pasando toda la responsabilidad a su contraparte”, detalla la web.

De acuerdo a Valencia, es importante considerar que las cláusulas de caso fortuito o fuerza mayor no están diseñadas para situaciones como el COVID-19 en los contratos de construcción. “Habitualmente lo que hacen las cláusulas de caso fortuito o fuerza mayor es alterar la regla general establecida en el Código Civil, dejando gran parte de los riesgos del lado del contratista, obligándolo a responder de sus obligaciones incluso en situaciones de este tipo”, explica, agregando que una situación como el COVID-19 no alcanza a ser regulada satisfactoriamente por las cláusulas de transferencia de riesgo habituales de los contratos de construcción, motivo por el cual se ha acudido a otras teorías en busca de sortear los problemas que han imposibilitado el cumplimiento de las obligaciones tanto de los mandantes como de los contratistas.

En el caso de mandantes públicos y privados y más allá de la regulación específica de cada contrato, la principal distinción, en teoría, es que en los contratos públicos la distinción entre los efectos de la pandemia propiamente tal y de las medidas sanitarias adoptadas por la autoridad puede tener una incidencia distinta. “En efecto, en las relaciones entre privados tanto la pandemia como

INICIATIVAS SECTORIALES

Como uno de los desafíos institucionales más relevantes para la Cámara Chilena de la Construcción (CChC) se encuentran las relaciones contractuales justas y equilibradas y por tal motivo han desarrollado diversos grupos de trabajo que buscan aportar información y propuestas para así llevar las relaciones contractuales “a un nuevo estándar, en que prime la buena fe, el equilibrio y el espíritu de colaboración entre las partes”. Dentro de las iniciativas se encuentra el “Procedimiento de acuerdos voluntarios en contratos de construcción”, que tiene por objetivo: establecer la “buena fe” como principio básico, facilitar la comunicación entre las partes, optimizar las conversaciones, respetar la libertad de las partes, promover el respeto por los acuerdos alcanzados y lograr acuerdos voluntarios y de buena fe, tendientes al cumplimiento de los contratos, así como mantener el equilibrio financiero y evitar la judicialización.

Más información en: www.cchc.cl/sostenibilidad/relaciones-contractuales



el acto de autoridad son situaciones, a priori, con la aptitud causal de ser constitutivas de caso fortuito y fuerza mayor (especialmente en las obligaciones de hacer), mientras que si el mandante es público las medidas dictadas por la autoridad sanitaria vienen del mismo Estado que está adoptando la medida que afecta directamente el quehacer de la actividad constructiva; no obstante lo cual, la mirada de la autoridad no necesariamente es más flexible cuando tal medida es aplicada en el ámbito de los contratos de infraestructura pública”, explica Valencia.

Un punto fundamental en el tema es el análisis caso a caso, ya que las situaciones pueden ser muy diversas dependiendo los diferentes tipos de contratos que haya. Los expertos consultados recomiendan examinar cada contrato, para revisar cómo las partes regularon la fuerza mayor y en general la estructura de riesgos del contrato. De acuerdo a Ríos, lo anterior es importante pues la fuerza mayor y el cambio de ley, entendida esta última como los efectos de las medidas de la autoridad, se aprecian en concreto, según los efectos prácticos que las medidas hayan tenido en el cumplimiento de las obligaciones del contrato. El abogado indica, sin embargo, que en general, los devastadores efectos que esta crisis ha provocado en el cumplimiento de los contratos probablemente han superado toda previsión posible. “Podría decirse que las partes no pudie-

ron representar estas consecuencias al suscribir los contratos celebrados en fechas anteriores al inicio de la pandemia, y, por tanto, en principio, resulta atendible evaluar la aplicación de la teoría de la imprevisión y de la excesiva onerosidad sobreviniente. En principio, no resulta equitativo asignar solo al contratista los efectos dañosos de un imprevisto de esta envergadura”, explica Ríos.

En esa misma línea y ante los efectos de un evento de fuerza mayor en los contratistas, se menciona en el sitio web de la CChC, que el equilibrio financiero, la buena fe y la colaboración deben “servir de pauta para optar por una interpretación de la relación contractual que posibilite de mejor manera la satisfacción de la necesidad, pública o privada, que motivó la celebración del contrato”.

RECOMENDACIONES SECTORIALES

De acuerdo a los expertos consultados, los efectos derivados de esta pandemia son de tal magnitud que la búsqueda de soluciones debe ser proporcional a la profundidad de los problemas y en ese sentido cobra importancia un comportamiento de buena fe y colaborativo de ambas partes. “La buena fe, entendida como el deber contractual de activa colaboración entre las partes, es más importante que nunca y se pone a prueba precisamente en circunstancias excepcionales como la que estamos viviendo”, explica Ríos, agregando que quien no coopera, vulnera el contrato, pues la buena fe es un deber contractual implícito en estos, pero muy especialmente en los de duración diferida en el tiempo, como lo es precisamente el contrato de construcción.

En esta línea, la CChC, ha estado desarrollando su “Desafío Institucional por relaciones contractuales justas y equilibradas” que apunta a lograr acercamientos y mejorar la comunicación. “El mayor enemigo es la des-



La forma de abordar la relación mandante contratista en este nuevo escenario variará caso a caso ya que las situaciones pueden ser muy diversas dependiendo los diferentes tipos de contratos que haya.

confianza y falta de diálogo, por lo que en esta instancia se busca promover las relaciones justas y equilibradas en toda la cadena de pago, porque estamos seguros que eso nos llevará a conseguir una mayor productividad y de paso, un mejor país. También incluye que los contratistas cumplan sus compromisos con sus subcontratistas o proveedores, pagando oportunamente”, explica Sergio Correa, presidente de la mesa de trabajo de la iniciativa. Para contribuir al diálogo, entendimiento y la reducción de conflictos en el marco de las relaciones contractuales, la CChC busca impulsar una serie de principios (como el compromiso con toda la cadena de valor), un marco normativo claro y buenas prácticas, el equilibrio contractual, la resolución temprana de controversias y el impulso a la productividad, desarrollando una sólida institucionalidad orientada a este objetivo estratégico (institucionalidad ética CChC, estrategia sostenibilidad -sello, desafío institucional- Grupo de Trabajo, convenio con Centro de Arbitraje y Mediación, procedimiento de acuerdos voluntarios). “El principal objetivo de este Desafío Institucional es formular planteamientos de mejora en la gestión de proyectos y contratos en toda la cadena de valor de mandantes, contratistas, subcontratistas y proveedores, con el objetivo de mejorar la productividad. Existe consenso transversal en cuanto a que los modelos contractuales y la gestión de proyectos públicos y privados requiere de una urgente modernización”, detalla Ríos, quien también fue invitado a participar en este grupo de trabajo. El abogado señala que con la actual normativa, prácticas y “cultura” organizacional y de gestión de proyectos, las obras sufren demoras y los plazos se extienden innecesariamente. “Hace tiempo que Chile ha venido cayendo

sostenidamente en los índices de productividad, y en esto, la infraestructura es un pilar fundamental, cuya institucionalidad, marcos normativos, modelos contractuales y de gestión requieren ponerse a tono con las tendencias internacionales”, cuenta el profesional, agregando que se requieren modelos de gestión de riesgos más colaborativos, acompañados de un cambio en la cultura de las relaciones contractuales, donde la confianza y la cooperación sean un pilar elemental de sostenibilidad y búsqueda de soluciones oportunas y efectivas, en toda la cadena de valor.

DESAFÍOS A FUTURO

Para los expertos consultados, los efectos de la pandemia aún están en desarrollo y los desafíos son múltiples debido a ciertos cambios de paradigma que ha significado esta situación en el desarrollo de las obras. “Por lo pronto, en términos contractuales, la pandemia nos obliga a revisar las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor, dotándolos de mayor densidad, así como también la distribución de los riesgos en los contratos”, señala Valencia. El abogado explica que la pandemia ha demostrado que existen situaciones que imposibilitan solo parcialmente desarrollar las obras pero a un mucho mayor costo y que de sus efectos tampoco pueden escapar los mandantes. “Esto implica la necesidad de generar fórmulas contractuales que permitan distribuir los costos ante estas situaciones excepcionales, de modo de disminuir los riesgos en que los proyectos se vean amenazados o, incluso, amenazando la propia continuidad de las empresas como tales”, detalla.

Como se ha mencionado anteriormente, la pandemia además ha obligado a buscar soluciones más colaborativas para tratar los conflictos y divergencias que surjan en las obras, obligándose las partes a buscar soluciones dinámicas, rápidas y equitativas que no impliquen paralizar las obras ante situa-



SEMINARIO MANDANTE CONTRATISTA 2020

Como parte de las iniciativas para abordar estos temas, el Comité de Contratistas Generales de la Cámara Chilena de la Construcción (CChC) y la Corporación de Desarrollo Tecnológico (CDT), están organizando el seminario Mandante Contratista 2020, cuyo objetivo es poder entregar una nueva mirada para la prevención de los conflictos. Dentro de los temas a tratar en la actividad, que se realizará el próximo 11 y 12 de noviembre, se encuentran las claves para prevenir el conflicto, los beneficios en términos de productividad y reducción de costos asociados a esto y los efectos de la pandemia en la relación entre mandantes y contratistas, entre otros.

Más información: eventos@cdt.cl



ciones de esta naturaleza. “No basta entonces con regular las situaciones imprevisibles que amenacen la conclusión de los contratos, sino que también se requiere crear vehículos de solución de controversias eficientes y ágiles para la resolución de los conflictos, permitiendo aplicar las cláusulas acordadas en beneficio de los proyectos”, detalla Valencia.

En la misma línea, Ríos comenta que estos desafíos con sus consiguientes lecciones aprendidas, llevarán también a la búsqueda de mejoras, como parte de una necesaria reforma al sistema de contratación con el Estado, en el contexto de una asociación pública privada, que permita también una mayor eficiencia y productividad. “Se requiere una nueva mirada a nuestra cultura organizacional. Si comprendemos verdaderamente que los proyectos se sacan adelante mediante una activa cooperación entre mandantes y contratistas y que nuestros modelos de gestión, de contratos y de riesgos, deben reflejar ese principio fundamental, habremos dado un paso realmente significativo. Todo lo demás, vendrá por añadidura”, señala.

Así, la actual crisis sanitaria que ha golpeado con fuerza a la Construcción, no solo ha puesto a prueba la relación entre mandantes y contratistas, sino que también les está presentando una oportunidad para buscar mejoras de forma conjunta en el entendimiento. Una cultura de buena fe y mejor comunicación, es una ganancia para todo el sector. ■

CONCLUSIONES

Uno de los efectos que ha tenido la pandemia se da en la relación mandante contratista, ya que producto de las medidas sanitarias tomadas por la autoridad, se ha interrumpido el desarrollo de las obras. Sumado a esto, hay aumento de costos por menor productividad, por los protocolos sanitarios y por otras medidas de protección del trabajador, entre otros.

Lo anterior implicaría una eventual revisión de los contratos a la luz de los eventos asociados a la crisis sanitaria, particularmente en lo referente a la aplicación de la fuerza mayor y sus efectos en los contratos suscritos, así como la posibilidad de dar continuidad a los proyectos ante una realidad que cambia las condiciones iniciales en que los contratos fueron pactados.

La relación mandante contratista obligará a las partes a modificar los habituales contratos de construcción y, probablemente, a regular eventos de esta magnitud, lo que implicará que múltiples cláusulas que eran habituales deberán ser reestructuradas. La buena fe y la comunicación serán claves para avanzar hacia relaciones contractuales justas y equilibradas.

ARTÍCULO RELACIONADO: BIT N°124

“Divergencias en Relación Mandante Contratista: Trabajar con reglas claras”