

Controversias en contratos de construcción

La relación mandante contratista

» El mercado globalizado, con la incidencia de nuevos actores a nivel nacional, ha traído cambios en la forma de operar los proyectos y/o contratos. Un escenario altamente competitivo, sumado al problema de escasez de mano de obra y a proyectos con ingeniería incompleta, impactaría directamente en el incremento de costos y plazos en las obras. Las consecuencias de todo esto, decantan en el incremento de las situaciones de disputa entre mandantes y contratistas.

» De acuerdo a los datos del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM), entre los años 2010 y 2013, de los sectores económicos ligados a los conflictos de la construcción, un 12% corresponde a la ejecución de proyectos para minería. Un porcentaje no menor. ¿Cuál es el camino de solución? Aquí, algunas claves.

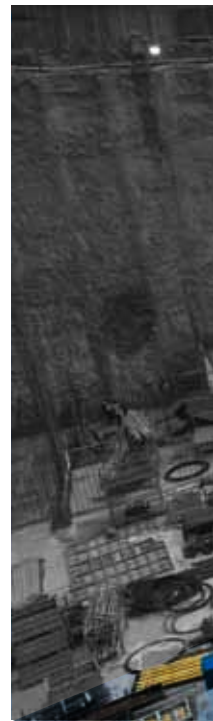
Alejandro Pavez V.
PERIODISTA CONSTRUCCIÓN MINERA

LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO es siempre una cuestión de cuidado y, mucho más su cumplimiento. Este punto en particular siempre ha sido un elemento de debate en el sector construcción. Y es que, por diversas razones, ya es casi un lugar común que los proyectos experimenten modificaciones y que, por tanto, los plazos de entrega se prolonguen en el tiempo, afectando así, lo estipulado en el contrato. Razones pueden haber muchas; sin embargo, un diagnóstico preliminar indica que actualmente los proyectos de construcción se desarrollan en un mercado que se caracteriza por los siguientes elementos: 1) La globalización: el mercado nacional se ha visto expuesto a la llegada de mandantes y/o constructoras extranjeras que manejan otros estándares y que, de alguna u otra manera, han generado nuevas formas de operar los proyectos y/o contratos. A lo anterior, se suma 2) un mercado altamente competitivo, reflejado en las altas exigencias de los mandantes en plazos y calidad, que se suman a los estrechos márgenes que en este contexto manejarían las constructoras. También, 3) el complejo escenario laboral, con escasez de mano de obra, tanto general como especializada, junto con el aumento de las remuneraciones, tendrían como consecuencia un aumento de costos y plazos, e incluso mayores ineficiencias en todo el proceso de proyección y/o construcción. Finalmente, 4) proyectos licitados con ingeniería incompleta y por tanto sujetos a riesgos importantes durante la construcción.

De acuerdo a lo que se ha experimentado en el sector, este escenario estaría generando una mayor frecuencia de situaciones de disputa entre el mandante y la constructora. ¿Los motivos? Muchos. En términos generales, se relacionarían con las diferencias en el gerenciamiento del proyecto y/o construcción; la falta de completitud, indefiniciones y contradicciones a nivel de proyecto; los procesos de licitación actuales no permitirían un adecuado estudio de los proyectos; el mandante introduce modificaciones que generan impacto en la ejecución, en algunos casos en forma extemporánea. También, se suma el hecho que las constructoras no evaluarían adecuadamente el proyecto a realizar, generándose subestimación de costos y plazos; los documentos contractuales resultan deficientes con indefiniciones y excesiva rigidez; existe una asimétrica asignación de riesgos y éstos estos no son considerados adecuadamente por mandantes y constructoras. Finalmente, no se estarían aplicando sistemas de resolución temprana de controversias. Todas ellas razones que fueron expuestas en el IV Encuentro Mandante Contratista "Contratos de Construcción: Conflictos y Mecanismos de Resolución", organizado por IDIEM y la Corporación de Desarrollo Tecnológico, CDT.

EL ESCENARIO

En esta misma línea, IDIEM indica que el 39% de los proyectos de construcción presentan controversias relevantes. A ello, agrega que entre los años 2002 y 2011 se registraron en promedio 1.260 fallos judiciales por año asocia-





dos a la construcción. De acuerdo a los datos del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM), entre los años 2010 y 2013, de los sectores económicos ligados a los conflictos de la construcción, un 37% corresponde al sector inmobiliario y comercio, y un 12% a la minería. Sí, un 12%. Por ello, en la revista Construcción Minera debe estar presente esta problemática. ¿Cuál es el camino de solución? Se esbozan algunas claves preliminares. Según se expone en la presentación de este encuentro, se haría “necesario considerar en la gestión de proyectos y/o contratos, la gestión de controversias. Éstas pueden escalar a distintos niveles: un porcentaje de ellas será resuelta por los mecanismos previstos en el contrato y con la aceptación de las partes; otro grupo requerirá de una instancia de negociación mayor y de estudios detallados, previo a llegar a un acuerdo; e incluso algunas de ellas superarán este límite y llegarán a instancias superiores como juicios civiles y arbitrales”.

Para dar solución a estos problemas, uno de los caminos a seguir se relaciona con la formación de profesionales especializados en la resolución de controversias, tal cual como se experimenta en otros lugares del mundo. Acá, el trabajo multidisciplinario entre abogados e ingenieros es fundamental para mejorar las prácticas en la gestión de los proyectos y/o contratos. Ese es el gran desafío.

ALGUNOS NÚMEROS

De acuerdo a las estadísticas que entregó Karin Helmlinger, secretaria general del CAM, las controversias relacionadas con el rubro de la construcción son frecuentes y como se explicó, gran parte de ellas se relacionan con la

complejidad de los contratos y el número de actores en su desarrollo. De esta forma, entre los años 1992 a 2007 y 2010 a 2013, un 65% de los contratos con controversias corresponden a la construcción de obra y le sigue la prestación de servicios con un 17% (explotación y puesta en marcha de obras, suministro de materiales, montaje y mantenimiento, movimiento masivo de tierras, entre otras).

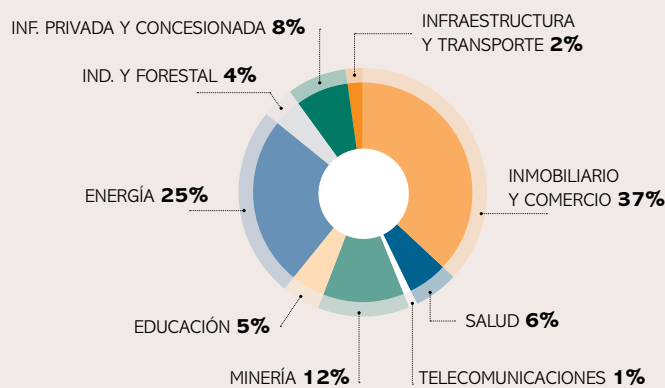
En el mismo rango de años, en un 57% de los casos, el arbitraje comenzó con obra ejecutada, en especial cuando el demandante es el contratista. En el tramo 2010-2013, un 53% de los demandantes, corresponde a los contratistas, mientras que los mandantes alcanzan un 30%. En cuanto a los demandados, el panorama es más uniforme, 46% para contratistas y 41% para el mandante. Los medios de pruebas más importantes, en este ámbito, son los documentos y testigos.

Por otro lado, pese a que en la estadística posee la mayoría (28%), se aprecia una baja en el término de los procesos por acuerdo. Los arbitrajes vigentes siguen con un 26%, el abandono con un 25% y las sentencias con un 21%, todo esto entre el 2010 y el 2013. En mayor parte, el promedio de duración de estos arbitrajes es entre 6 y 12 meses (40% de los casos), muchos de ellos por mutuo acuerdo. Respecto de las pretensiones del actor en arbitrajes con sentencia, el 68% de los casos, desde 1992 a 2007 y 2010 a 2013, son parcialmente acogidos en la sentencia. Dado todo lo anterior, desde el CAM promueven la mediación de controversias, que es una negociación voluntaria con un facilitador, tercero neutral, donde son las partes que llegan a un acuerdo, en menos tiempo y de manera más económica.

Para dar solución a estos problemas, uno de los caminos a seguir se relaciona con la formación de profesionales especializados en la resolución de controversias. Acá, el trabajo multidisciplinario entre abogados e ingenieros es fundamental para mejorar las prácticas en la gestión de los proyectos y/o contratos.

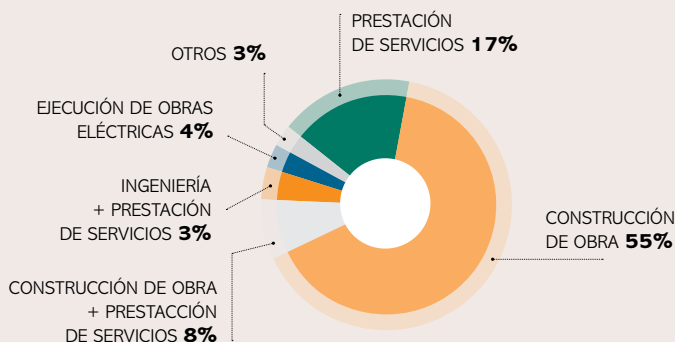
SECTOR ECONOMÍA

2010 - 2013



TIPO DE CONTRATO

1992 a 2007 y 2010 a 2013



PRESTACIÓN DE SERVICIOS: EXPLOTACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE OBRAS, SUMINISTRO DE MATERIALES, MONTAJE Y MANTENCIÓN, MOVIMIENTO MASIVO DE TIERRAS, ETC.

FUENTE: CAM

ELEMENTOS PRÁCTICOS

En cuanto a la relación que se genera entre el mandante y contratista en la celebración de un contrato, diversos expertos dieron cuenta de algunos elementos prácticos. Víctor Ríos, socio de Molina Ríos Abogados, indicó que “en general los contratos no reflejan claramente el alcance del proyecto. Están muy enfocados en lo legal, pero muy débiles en definición del proyecto”.

Por definición, el contrato de construcción tiene la obligación legal de ser “de buena fe”, con colaboración recíproca, coinciden los expertos. Es un contrato consensual que se modifica por el solo consentimiento expreso o tácito de las partes. Acá, la coincidencia entre lo pactado y la conducta posterior durante la ejecución del proyecto, resulta clave. Cuando esto no sucede, se generan incoherencias que tienen implicancias directas en los costos y plazos. De este modo, se revisan los alcances de las obligaciones de las partes. ¿Cómo los jueces y árbitros resuelven estas diferencias entre las partes? De acuerdo a Ríos, “al momento de un fallo, el juez tomará el contrato pero sobre todo la ‘aplicación práctica’. Si hago algo pero no digo ni documento que no era parte del contrato, estoy asumiendo que estaba dentro de mi alcance. Esta es la visión o criterio que dará el juez”.

En el plano del incumplimiento del contrato, se identifican dos elementos: la previsibilidad del resultado y de sus consecuencias dañosas que se traducen en la culpa directa de una de las partes (incumplimiento del contrato) y la imprevisibilidad, en la que se aducen razones de fuerza mayor. No obstante, mientras mayor sea la experiencia de una empresa constructora menos viable se hace la aplicación de la fuerza mayor. La misma situación ocurre con la ingeniería. Y es que a mayor detalle e información del proyecto a ejecutar, mientras más completo sea, menos posibilidad de evocar la fuerza mayor. Por otro lado, si el plazo de la obra se extiende por razones que no son imputables al contratista, el mandante deberá responder de la mayor permanencia en obra, costos indirectos y gastos generales.

El plazo, según Víctor Ríos, “es el factor más relevante a considerar en un Claim, el cual después explica los incrementos de los costos. Por ello es muy relevante que el contratista notifique los atrasos al mandante. Las cláusulas de limitación de responsabilidades absolutas o de adhesión no corresponden al espíritu que debe tener un contrato. Primero está la obligación de ‘buena fe’. Además, se debiera medir con precisión el real impacto sobre el programa y cada una de sus actividades. Para cobrar la regla general es que los perjuicios estén acreditados fehacientemente; si no está, se utiliza el global Cost, basado en la comparativa de recursos, y los efectos en la productividad”.

Para Alex Wagemann, presidente del Grupo Mandante Contratista de la Cámara Chilena de la Construcción (CChC), en este escenario, un problema importante para el contratista es que el equipo que preparó la licitación o propuesta no es el mismo que administra el proyecto. Existen, por tanto, problemas de documentación y administración. Según cree Wagemann, “en general los mandantes utilizan contratos a suma alzada o precios unitarios, en el cual el riesgo cae con fuerza en el contratista, pero con una gran falta de definición del proyecto. Ade-

más hay una distribución de riesgo inadecuada. Antes había confianza entre las partes y buena fe. Hoy es de alta conflictividad. De un enfoque técnico a uno de negocio”.

Algunos paradigmas que dan cuenta de estas problemáticas son identificadas por Sebastián Alessandri, socio de Ríos Tagle & Alessandri Abogados. “Generalmente, el mandante tiene la convicción que la suma alzada asegura el 100% del proyecto y que las especificaciones técnicas y planos son completos y claros. El contratista, por otro lado, asume, apuesta, que todo está definido o será definido. Asume que planimetría, ingeniería, especificaciones técnicas y otros son cercanos al 100% del proyecto, en circunstancias que esto imposible. Se subestima los riesgos e imprevistos”.

Durante la ejecución de la obra, plantea Alessandri, “el mandante subestima el efecto del retraso de los estados de pagos, de las modificaciones y ampliaciones del contrato y especificaciones técnicas. El contratista, por su parte, tiene dificultad en distinguir lo que es ampliación, extraordinarios, cambios de alcance y su efecto sobre plazo y costo. Es muy relevante entonces que existan procedimientos claros para el aumento, modificación y obras extraordinarias, así como de fuerza mayor. Planos y especificaciones técnicas conocidos por todos. Debe quedar claro quién es la contraparte. En el terreno judicial se debe considerar la obligación de ‘dar’ por parte del mandante y de ‘hacer’ por el contratista”.

CAMINOS DE MEJORA

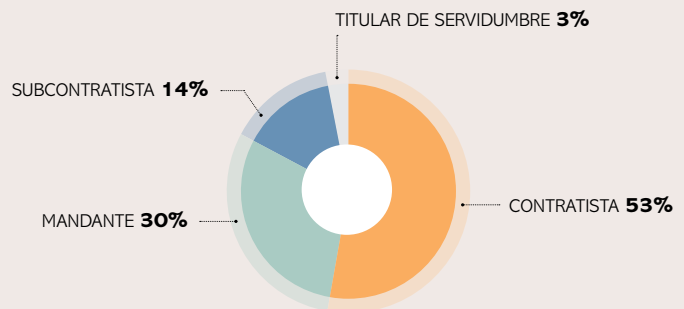
Para buscar soluciones, Wagemann sugiere que es importante que el pago de las partes no sea discutida, riesgo asignado a quien tiene control y que se establezcan con claridad los canales de comunicación entre las partes. Aspecto que, según Gonzalo Cordero, socio de Morales & Besa Abogados, “debe estar definido en el contrato y debe ser respetado por las partes. Se deben establecer formas claras y simples y fácilmente registrables para ello. El conocimiento por parte del administrador del contrato y las contrapartes del mandante, independiente de la solución temprana de incumplimientos o controversias, deben quedar registradas conforme a los mecanismos contractuales, por ejemplo, en el libro de obra”.

En el camino de las soluciones, para Wagemann, también resulta significativo el uso de estándares internacionales con asignación de riesgos equitativos, además de la aplicación de mecanismos tempranos de resolución de controversias previas al arbitraje. De acuerdo a Fernando Samaniego, socio de Prieto y Cia. Abogados, “debe existir una gestión de riesgos que haga que el contrato incorpore la programación y carta Gantt del proyecto. Asimismo, debe existir un procedimiento que aclare cómo se tratan los aumentos de obras y modificaciones, así como los riesgos de fuerza mayor y caso fortuito, e imprevistos”. Para Samaniego, la recomendación, entonces, es a mantener una “conducta directa y franca de las partes en las reuniones de obra, minutas, actas y en sus comunicaciones oficiales. De parte del contratista debe existir una conveniencia de comunicar oportunamente al mandante el cronograma de obras ajustado o impactado: no puede haber doble discurso. Una petición de aumento de plazo, también, nunca puede ser extemporánea o tardía”.

Finalmente, se requiere una visión amplia del proceso, que una la parte documental con la parte de ejecución. En este sentido, según Wagemann, “el contrato debe adaptarse a la realidad y no al revés”. Y es que, en palabras de Víctor Ríos, “más allá de estas pautas generales, cada caso y cada proyecto es diferente. Sus dificultades deberán ser evaluadas conforme a sus propias normas contractuales y según la asignación de riesgos adoptada para ese caso por los contratantes”. //

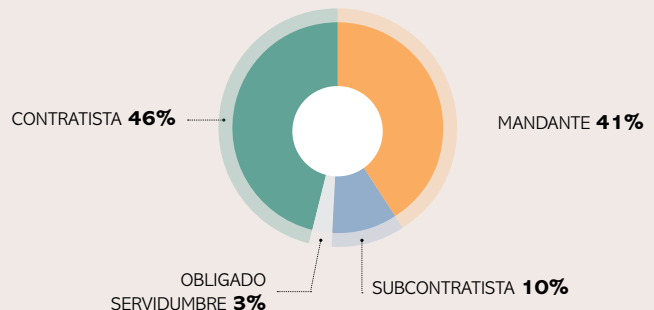
DEMANDANTE

2010 - 2013



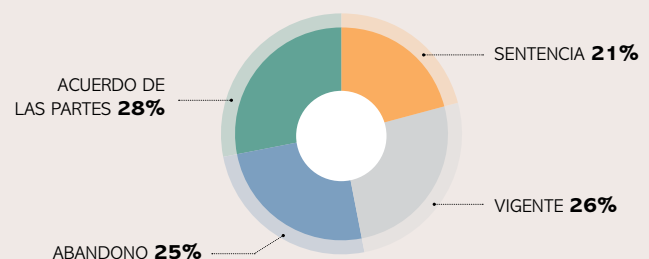
DEMANDADO

2010 - 2013



FORMA DE TÉRMINO

2010 - 2013



FUENTE: CAM