



## EN UNO DE LOS CONTRATOS

hubo algún tipo de problema que no se pudo resolver entre las partes. De ellos, el 43% se resolvió con la intervención de terceros y el 57% fue en instancias judiciales.

# UN PROBLEMA EN EL QUE TODOS PIERDEN

UNTERCIODELOSCONTRATOSDEINFRAESTRUCTURAPRESENTAN ALGÚNTIPODEINCONVENIENTEENTREMANDANTESYCONTRATISTAS. LASCONSECUENCIASSONAUMENTOSDECOSTOSYTIEMPOSDE EJECUCIÓN. COMOCAMINOPARASOLUCIONARESTOSINCONVENIENTES, LA CChC PROPONE IMPLEMENTAR MECANISMOS DE RESOLUCIÓN TEMPRANA DE CONTROVERSIAS.

Por Jorge Velasco\_ Fotos Vivi Peláez

En los últimos años se ha visto un aumento en el grado de divergencias entre quienes contratan servicios de ingeniería, suministros o construcción y las empresas que los proveen en obras de infraestructura. Fue por ello que la Cámara Chilena de la Construcción decidió emprender la encuesta "Relación entre Mandantes y Contratistas", que le permite cuantificar el problema con el fin de tomar acciones al respecto.

"Uno de los pilares de trabajo de la Cámara ha sido el tema de la relación mandante-contratista, en términos de cómo mejorar los aspectos contractuales y, en definitiva, todos los ámbitos vinculados a una más positiva relación entre las dos partes", comenta Carlos Piaggio, gerente de Infraestructura de la CChC.

La primera versión de la encuesta se realizó en enero de 2014. La segunda se llevó a cabo un año y medio después, entre julio y septiembre de 2015. La idea era no sólo comparar cómo había evolucionado el tema en ese tiempo, sino también detectar cuál es la situación actual del problema. En esta se-

gunda ocasión, se entrevistaron 51 empresas del área infraestructura vinculadas a la CChC, que entregan un 95% de confianza. Los resultados fueron contundentes.

## DIVERGENCIAS

De acuerdo al estudio, la concentración de la demanda por infraestructura radica principalmente en ministerios -incluido concesiones- y minería (pública y privada), que aglutinan el 72% de los contratos. A su vez, la actividad principal de los encuestados se sintetiza en construcción (65%) y otros servicios (35%, movimiento de tierras, perforaciones, obras subterráneas).

En resumen, en el 33% de los casos consultados hubo algún tipo de problema. Las razones principales para aquello se debieron a cambios en cuanto al valor y plazos de los contratos. "En los últimos años se ha deteriorado en forma importante la relación mandante-contratista. Prueba de ello es que, de acuerdo a información del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, el mayor número

corresponde a conflictos del área de la construcción", señala Fernando Echeverría, presidente de Echeverría Izquierdo.

Este porcentaje se distribuye en tres categorías de divergencias. La primera -de un 63%- es la desavenencia, que trata de aquellos desacuerdos que se solucionan sin llegar a una instancia arbitral, participación de un tercero o a través de un juicio. De esta forma, mandante y contratista arreglan la situación entre ellos de manera directa. La segunda, con un 16%, es la controversia. Ésta se refiere a las diferencias resueltas por un tercero independiente (como un mecanismo de resolución temprana de controversias), pero sin llegar a una instancia judicial. Finalmente, en el caso de haber un conflicto, los desajustes son resueltos en un juicio, lo que corresponde al 21% de los casos.

En suma, concluye el estudio, en uno de cada tres contratos hubo algún tipo de problema que no se pudo resolver entre las partes. De ellos, el 43% se solucionó con la intervención de terceros y el 57% fue a instancias judiciales.

“LA IDEA DEL mecanismo de resolución temprana de controversias, sería que exista una figura que acompañe el contrato y que, en el momento de verse algún grado de divergencia, la resuelva recogiendo los antecedentes entregados por ambas partes”, explica Carlos Piaggio.

En general, el tipo de contrato que presenta mayores inconvenientes es el de suma alzada (40-45%). Es el que más se utiliza y el que presenta más riesgos. “Si existe un contrato de suma alzada y un mal proyecto de ingeniería, existe una mayor incertidumbre para el constructor, debido a que es probable que hayan más sorpresas frente a las cuales tendría que hacerse cargo”, apunta al respecto Carlos Piaggio.

Según revela el informe, es importante destacar que en el 85% de los casos en que hubo divergencias, se hicieron contratos por adhesión en los cuales los preceptos principales los pone quien contrata los servicios. “Esto se puede leer de una manera interesante. Generalmente, por una relación de equilibrio, el mandante pone las reglas de un contrato. Y el hecho de que la gran mayoría se resuelva sin una tercera opinión, no necesariamente deja contento a todos. Por lo habitual, en una relación sin un tercero independiente, el que lleva el mayor peso de ganar la posición es el mandante, que tiene el poder. Un contratista prefiere llegar a un mal acuerdo antes que a un buen juicio. Acá creemos que hay un espacio grande para que un tercero independiente pueda dirimir en forma más equilibrada”, explica el gerente de Infraestructura de la CChC.

Por otra parte, la encuesta exhibe las altas

cifras que representa la judicialización de proyectos en caso de haber inconvenientes, números que en países donde se han instalado sistemas de resolución temprana de controversias bajan al 10%, aproximadamente, en relación a los proyectos con problemas.

“Esta judicialización de la relación mandante-contratista, la atribuyo a que en el pasado el trato era menos formal pero muy dependiente de la relación personal entre el contratista y el mandante, más apegada al espíritu de lo acordado. Con el crecimiento de la economía y de las empresas, este vínculo se ha despersonalizado, convirtiéndose en una relación más apegada a la letra del contrato y muchas veces alejada del espíritu original que animó a dicho documento”, comenta Fernando Echeverría.

## UN NUEVO ESTÁNDAR

Según la encuesta, los socios de la CChC afirmaron en un 100%, que el mayor problema generado por las divergencias es el costo, seguido por el valor y los plazos. Todavía, sin embargo, no hay cifras concretas respecto al impacto monetario concreto producido por estas variables. Por ello, la Cámara realizará en 2016 un estudio para estimar los valores económicos cuando se presenta este tipo de problemas.

Junto con ello, Fernando Echeverría pro-



Carlos Piaggio,  
gerente de  
Infraestructura  
de CChC.



pone que la Cámara realice un estudio detallado de los fallos arbitrales de los últimos años, determinando a la luz de ellos cuáles son las causas principales que generaron los conflictos. “Una vez conocido el estudio anterior -acota-, hay que promover acciones de capacitación de los socios en materias contractuales y de gestión de contratos”. El presidente de Echeverría Izquierdo también propone la actualización de modelos estándar de bases de contratación y de contratos para diferentes tipos de obras.

Para la CChC es importante incorporar en los contratos instancias no judiciales de resolución temprana de controversias, además de incentivar la firma de contratos mixtos entre suma alzada y el establecimiento de precios unitarios.

“La idea sería que exista una figura que acompañe el contrato y que, en el momento de verse algún grado de divergencia, la resuelva en forma temprana, recogiendo antecedentes entregados por ambas partes”, explica Piaggio. Este mecanismo funcionaría a lo largo del vínculo entre mandante y contratista, desde su elaboración hasta que concluye.

Esta instancia se conformaría por una persona que representa a cada parte y un tercero elegido de mutuo acuerdo. Quienes forman parte de esta comisión realizarían

el seguimiento de la evolución del contrato, para observar dónde podría haber futuros desacuerdos, con la idea de anticiparse a su resolución. En otros países, el sistema se llama Dispute Review Boards (DRB) y se utiliza en forma frecuente, entregando una fuente de experiencias que se podrían replicar en Chile.

En 2014, la Cámara trabajó con el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago para promover este mecanismo. De hecho, la Cámara de Comercio lanzó en 2015 un reglamento para implementarlo y estableció un registro de profesionales que podrían participar en este tipo de instancias, en caso de ser requeridos. Este año, la CChC acudirá en mayo el congreso mundial de DRB organizado por la Dispute Resolution Board Foundation, para recoger las experiencias internacionales al respecto y cómo se ha avanzado en la materia.

Y es que el tema es de un alto interés no sólo para los contratistas, sino también para los mandantes. En promedio, cuando ha habido cambios en los proyectos, las obras extienden sus plazos 6 meses. “No sólo pierde el contratista porque le sale más caro, sino que también lo hace el mandante, porque tiene listo el proyecto en un plazo posterior. Pierde el país”, afirma Carlos Piaggio.

La aspiración de la Cámara apunta no

sólo a bajar el número de conflictos, sino también a disminuir su tipología. Para lo primero es necesario diseñar mejores proyectos de ingeniería, que disminuyan los márgenes de error, y elaborar contratos equilibrados en términos de riesgo entre mandantes y contratistas.

Para lo segundo, el mecanismo de resolución temprana llevaría a un aumento considerable de las controversias, en desmedro de las desavenencias y de los conflictos (en relación a la terminología empleada en la encuesta). Lo ideal, en cifras, sería que el 21% de los casos que se llevan a juicio fueran resueltos por el sistema temprano de resolución, y que algunas de las desavenencias también se solucionaran por esta vía.

Se trata, sin embargo, de un cambio cultural que llevará años. Si bien desde la perspectiva legal podría implementarse este mecanismo en ámbitos del sector público (como ocurre en concesiones), entre privados es más complejo. “No se lo puede imponer. El organismo público hace todo lo que la ley dice, pero el privado realiza todo lo que la ley no le prohíbe. Por eso, en el ámbito de relación entre privados no puede haber una obligación externa a incorporar estos mecanismos”, comenta Carlos Piaggio. A pesar de ello, el objetivo es llegar a un nuevo estándar en la elaboración de contratos.