



ANÁLISIS



RELACIÓN MANDANTE-CONTRATISTA

CONSTRUYENDO CONFIANZAS

La pandemia que vive el mundo ha cambiado muchas costumbres, relaciones y formas de hacer las cosas. Este nuevo paradigma también alcanza al sector Construcción. ¿Cómo abordar los contratos hoy, con este nuevo factor? Es una pregunta común en la industria. Sin embargo, la respuesta, tiende a ser similar al diagnóstico pre COVID-19: se debe fortalecer la confianza y la colaboración.

E

N 2020 EL MUNDO CAMBIÓ. El COVID-19 se propagó por el mundo generando importantes pérdidas humanas y económicas, poniendo en estado de urgencia y alerta a todos los países. Es más, muchos postulan que, pos pandemia, difícilmente volveremos a ser como éramos antes.

Y es que en pro del cuidado de la salud, se han cambiado muchas costumbres, relaciones y formas de hacer las cosas. Un nuevo paradigma que ha llegado para quedarse, al menos en el corto plazo, donde el cuidado personal, el distanciamiento social y las medidas de autocuidado resultan de vital importancia.

Este nuevo escenario también ha impactado en la economía y en el sector Construcción, al menos en Chile, ha sido un factor de especial cuidado. ¿Cómo se ha desarrollado la industria en este contexto? ¿Cómo se han establecido las relaciones entre los principales actores del sector, en pos de la ejecución de los proyectos? Estas son algunas de las preguntas que buscó responder la “Mesa Redonda Relación Mandante-Contratista: resolver un conflicto en tiempos de pandemia”. Una instancia técnica de discusión, organizada por la Corporación de Desarrollo Tecnológico, CDT, que congregó a importantes actores de la industria como Sergio Correa, gerente general de Conpax y Conseje-

ro de la Cámara Chilena de la Construcción, CChC; Daniel Weinstein, gerente legal Minerals Americas de BHP; Ricardo Nicolau, Presidente del Instituto de Ingenieros de Chile; José Manuel Valencia, abogado socio de AMLV Abogados; Cristián Urzúa, abogado y socio de Urzúa Matute Abogados y Camilo Silva, abogado y socio de Raymond & Cia.

Y el diagnóstico de los expertos fue claro: Con la pandemia se agudizaron las desconfianzas; sin embargo, hoy, pese a la incertidumbre, hay espacios de aprendizajes e importantes oportunidades de mejora para fortalecer las confianzas y la colaboración, con foco en la productividad y la seguridad. Hay que trabajar en ello. Ese es el desafío, coinciden.

DIAGNÓSTICO

El año pasado fue tremendamente particular, lo sabemos. Y en la Construcción también lo fue. En la urgencia de la continuidad operacional y enfrentada a las diversas restricciones sanitarias, la Industria de la Construcción, experimentó diversos escenarios. Uno de ellos fue el crecimiento de la



“Cada contrato es un mundo: hay contratos que pagan fuerza mayor, hay contratos que tienen el cambio de ley de cierta manera, pero aun así, sucedió algo que creo que no sé si es bueno, porque nos va a hacer plantearnos en base al resultado, en posibles realidades”, Cristián Urzúa.



“En contratos los contratistas tienen bastante más experiencia que el mandante, entonces creo que, si bien todos somos partícipes, es una invitación para que los contratistas sobre todo, tomen esta bandera y que juntos avancemos”, Daniel Weinstein.



“Los riesgos en general, están mal asignados. Los riesgos tienen que ser asumidos o asignados aquella parte que mejor puede administrarlos, controlarlos, soportarlos o mitigarlos”, Ricardo Nicolau.

desconfianza en la relación contractual. “Si hay algo que ha ocurrido en esta pandemia, es que se han agudizado las desconfianzas y las distancias en algunos aspectos. Creo que la pandemia inicialmente muestra lo mejor en solidaridad, en colaboración, en cercanía; pero, a la hora de empezar a resolver diferencias, la distancia nos empieza a pasar la cuenta y se empieza a generar mayor gravedad y mayores conflictos”, explicó Sergio Correa introduciendo el tema de los conflictos en la relación Mandante-Contratista.

Misma opinión fue la de José Manuel Valencia, desde la perspectiva legal y es que para él, “el 2020 fue inusitado, inédito. Hace un año y medio pensar lo que llegamos a enfrentar y lo que estamos enfrentando, era absolutamente imposible. Entonces, tanto mandante como contratistas y consultores, nos hemos vistos enfrentados a una realidad totalmente inédita y frente a esto, la buena noticia es que de algún modo salimos adelante, como industria de la construcción salimos adelante”.

Este diagnóstico fue compartido por los integrantes de esta Mesa Redonda. Ricardo Nicolau añadió que “esta pandemia, lo que hizo fue agudizar algunas de las dificultades que normalmente se tienen en la relación Mandante-Contratista. El problema está y, por supuesto, esto se trató de algo absolutamente imprevisto y no es una fuerza mayor, como lo considera el código civil, realmente es algo que excede ello”.

¿Cómo abordar el problema? Para José Manuel Valencia, lo vivido en 2020, presenta hoy una oportunidad de enfrentar la situación a través de todo lo aprendido. “El 2021 se presenta con mucha incertidumbre, pero hay una gran diferencia, entre el 2020 y el 2021, y es que nosotros en el 2021 tenemos la experiencia del 2020 y se hicieron cosas en el 2020,

ocurrieron fenómenos, se enfrentó, hubo innovación, hubo colaboración, en algunos casos más que en otros; pero, en definitiva, hay una cultura, aprendimos a convivir con esta pandemia, aprendimos a trabajar con esta pandemia y eso creo que es la diferencia, que este 2021, que está marcado por mucha incertidumbre, nos permite mirar con un poco más de tranquilidad lo que viene al futuro”, señaló.

Parte de los aprendizajes dice relación con el diálogo y con el cómo abordar los contratos según el contexto. “(En 2020), teníamos en un mes casos en que no se sabía qué presentar, entonces, quizás, se partió al revés. Lo primero hubiera sido acercarse, ver cómo abordar el asunto y especialmente en todos aquellos contratos, porque cada contrato es un mundo: hay contratos que pagan fuerza mayor, hay contratos que tienen el cambio de ley de cierta manera, pero aun así, sucedió algo que creo que no sé si es bueno, porque nos va a hacer plantearnos en base al resultado, en posibles realidades”, señaló Cristián Urzúa.

“Y, en ese sentido, muchas de las acciones legales se zanjaron por una especie de efecto transaccional o también se solucionaron unos temas o se dejaron para posterioridad, pero definitivamente este primer año de shock ha sido de resolver los problemas, incluso, apartándose muchas veces de las partes, de las obligaciones contractuales que cada uno sostenía”, comentó, en esta línea, Camilo Silva.

“Esto me lleva a reflexionar un poco sobre la distribución de los riesgos que normalmente se hacen en los contratos de construcción. Esto refleja claramente que los riesgos en general, están mal asignados. Los riesgos tienen que ser asumidos o asignados a aquella parte que mejor puede administrarlos, controlarlos, soportarlos o mitigarlos. Y en este caso, cuando se estableció el problema, cuando estalló esta bomba de racimo en los contratos, la verdad es que creo que las relaciones Mandante-Contratistas no miraron esto como que era un riesgo imprevisto y que de alguna manera había que pensar cómo administrar, cómo asignarlos y quién debía administrar qué parte”, añadió Ricardo Nicolau.



“Si hay algo que hay que hacer en esta en esta pandemia, es conversar entre las partes, volver a construir la confianza”, Sergio Correa.



“Hay que ponderar adecuadamente los riesgos y darse el tiempo, tanto los equipos técnicos, económicos y legales, del efecto de abordar los problemas y no enfrentarse con situaciones una vez que estos estén consumados”, Camilo Silva.



“Aprendimos a trabajar con esta pandemia y eso creo que es la diferencia, que este 2021, que está marcado por mucha incertidumbre, nos permite mirar con un poco más de tranquilidad lo que viene al futuro”, José Manuel Valencia.



REVISAR
LA MESA REDONDA

CONFIANZAS Y COLABORACIÓN

El diagnóstico pre pandemia en la relación Mandante-Contratista, era más o menos similar al de hoy. Una de las tantas la claves para mejorar esta relación era la confianza y la colaboración. Sin embargo hoy, pareciera ser la principal. “Si hay algo que hay que hacer en esta en esta pandemia, es conversar entre las partes, volver a construir la confianza, tanto mejor si existe –guardando las precauciones– encuentros presenciales que permitan retomar ese diálogo confiado, ese diálogo cercano que permite acercar las posiciones, que permite conocer y empatizar con el otro. Entender la problemática y finalmente todos ganamos”, explicó Sergio Correa, poniendo énfasis en que, si no se practica, al final se afecta a la productividad. “La productividad del país que está totalmente retrasada porque somos malos para resolver los conflictos, porque adoptamos contratos a la defensiva. Está demostrado que todos los modelos colaborativos han ayudado a que los países desarrollados, sean más productivos y no terminen todos los contratos full litigio, full justicia”, añadió.

“Habría que tomar esto como una elección como una voz de alerta de que en realidad deberíamos ser más cuidadosos en la asignación de los riesgos en nuestros contratos.

Es algo que está claro. Incluso en el Instituto de Ingenieros hemos estudiado el tema sobre estrategias de contratación y la gestión contractual y este tema de los riesgos sale y vuelve a salir siempre. Entonces mi consejo es que debiéramos tomar esta experiencia, para mejorar el tema de cómo asignar los riesgos en los contratos de construcción” puntualizó Ricardo Nicolau.

¿Quién debería llevar adelante este proceso de colaboración? Para Daniel Weinstein, la clave estaría en la experiencia de los contratistas. “El diagnóstico que tenemos contratistas y mandantes, es muy parecido. La voluntad de hacer algo está. Yo creo que a todos, mandantes, contratistas, académicos, gremios, corporaciones, todos somos participantes de esto, pero creo que quienes tienen que quizás llevar la batuta un poco, son los contratistas. ¿Y por qué? Pensemos por ejemplo en una empresa minera mediana, que probablemente igual es más grande que el 99% de las empresas en Chile, hace un EPC hoy y el próximo lo hace nueve años más. Perdió todo el conocimiento. Entonces los contratistas, los que están todos los días viendo los problemas con los EPC, con los PCM, tienen bastante más experiencia que el mandante, entonces creo que, si bien todos somos participantes, es una invitación para que los contratistas sobre todo, tomen esta bandera y que juntos avancemos”.

Por otro lado, la invitación de Camilo Silva, para efectos de sacar conclusiones en tiempos de pandemia, fue “ponerse en los escenarios a ponderar adecuadamente los riesgos y darse el tiempo, tanto los equipos técnicos, económicos y legales, del efecto de abordar los problemas y no enfrentarse con situaciones una vez que estos estén consumados”.

No obstante ello, de acuerdo a Cristián Urzúa, este “es un año en que aparecieron más desconfianzas que confianzas, porque visto frente a un problema grave, la solución no fue necesariamente por querer colaborar, en muchos casos sí, y también creo que tenemos que tener cuidado con entender por colaboración él quien me acompañe con la pérdida. Eso es la renuncia un derecho que estaba el contrato que el mandante lo realiza ex profeso y me parece que es un tema comercial”.

Más allá de lo particular que ha sido este tiempo, los expertos coincidieron en que no hay solo un camino o solución, pero que, de todas formas, si hay un elemento común que debería ser permanente en esta relación: la voluntad real de crear una cultura del diálogo, la colaboración y la confianza. ■