



**Antonio Iribarren - CIC® y Wilfredo Solano**  
Consultores senior QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDRclaims

## EL ESTADO DEL ARTE DE LOS DOCUMENTOS DEL CONTRATO



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

La ejecución de un contrato implica necesariamente la transferencia de riesgos entre las partes: una deficiente distribución de riesgos en función de quién es el que está en mejores condiciones de administrarlos, resulta en un mal contrato (costosos en términos de valor en su ejecución, Claims potenciales, mayores plazos para obtener los productos definidos, etc.), que termina perjudicando a ambas partes, afectando una posible relación comercial, que en otro caso podría constituirse en una sociedad óptima entre mandante y contratista.

Asimismo, cuanto más imprecisa en la información disponible al momento de presentarse en una licitación, se incrementa el grado de dificultad (mayor riesgo) en la ejecución del contrato que se busca colocar entre los postores. Transferir mayores riesgos de los que un contratista está en condiciones de absorber o poner a disposición información insuficiente, puede llevar a una selección adversa (de por sí, arriesgada): no se escoge la mejor opción al menor costo.

Un contrato pretende regular relaciones entre dos partes mutuamente beneficiosas, en una relación cooperativa donde ambos maximizan su utilidad en un juego de ganar-ganar. En tal sentido, una licitación debe apuntar a lograr la máxima eficiencia económica. Basta que se verifique en las bases del proceso de licitación o en el diseño del contrato, que la información disponible es insuficiente o defectuosa y/o que hay una incorrecta asignación de riesgos, para desviarse del objetivo de lograr la mayor eficiencia económica, y ubicarse en una solución no deseable, donde la cooperación es sustituida por el conflicto; y en el mejor de los casos el mandante gana lo que pierde el contratista.

La experiencia enseña que en tales condiciones, cuando el demandante de servicios impone condiciones de licitación y diseño de contratos "abusivas", existe casi la certeza que la ejecución de dicho contrato caerá en controversia y finalmente terminará en un conflicto, donde la ejecución del contrato se convierte en un perjuicio para el contrato y para la organización, trasladando potenciales ganancias como gastos para terceros: las áreas de "dispute and resolution" de los estudios de abogados.

Una conducta "abusiva" del mandante, no necesariamente significará lo que se ha denominado líneas arriba una "selección adversa" (los contratistas menos calificados). Pueden observarse casos en los que es el contratista (nuevo en la industria, con poca experiencia, pero gran solvencia técnica por los antecedentes individuales de quienes son los accionistas o promotores), quien por razones de su posicionamiento estratégico en el mercado puede tomar a "pérdida" algún contrato (desde las condiciones de licitación establecidas), pues no está optimizando su ganancia en corto plazo, sino su reputación en el mediano plazo, por lo que estará dispuesto a asumir pérdidas con la finalidad de generarse una hoja de vida para el futuro. En ese caso, el contratista toma el contrato a sabiendas de los costos que deberá asumir. Sin embargo ello no implica que no ejercerá su derecho a Claims excusables y compensables, si están objetivamente acreditados.

De otro lado, si un gran mandante, establece como estrategia permanente ejercer una conducta "abusiva" respecto de sus contratistas, la industria aprenderá de dicha estrategia y ello tendrá impactos negativos: menos contratistas dispuestos a atender los

requerimientos a los precios establecidos, perfil de postores por debajo de las expectativas (no los mejores, sino los más arriesgados con alta probabilidad al default), postergación en la asignación del contrato (atraso en la disponibilidad de la infraestructura esencial o complementaria o equipamiento y por consiguiente obtener menores ingresos a los previstos a mayores costos).

En conclusión, un mal diseño de bases de licitación y, contratos alejados a las mejores prácticas internacionales y

sustentadas en conductas o prácticas “abusivas” de grandes contratantes, asignarán contratos con imprecisiones en el alcance, con plazos de ejecución con alta probabilidad de extenderse, aparecerán trabajos y actividades extraordinarias, e independientemente del perfil del postor y su estrategia comercial, la ejecución contractual indefectiblemente significará mayores costos para ambas partes, y en consecuencia menores ganancias esperadas, y eventualmente, la quiebra de algún contratista menos avezado.