



**Antonio Iribarren y Francisco Tavares**  
Consultores senior QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDRclaims

## CLAIMS ENTRE EL EPCM Y EL MANDANTE: CONFLICTO DE INTERESES?



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Los contratos de construcción no están exentos de problemas, desacuerdos y otras circunstancias y problemas que pueden escalar, hasta el punto de que solo un tercero podría resolverlos, en una etapa tardía del proyecto. Antes de llegar a este punto, el mandante debe tomar las decisiones correctas, en función de un buen análisis de la situación.

En el modelo de contrato EPCM, el "EPCMista<sup>1</sup>" realiza la ingeniería y la gestión de adquisiciones, y se limita a administrar la construcción a nombre del Mandante: no es quien construye; es el Agente/Representante del Mandante, creando relaciones contractuales directas entre el Mandante y los Proveedores o Contratistas. Cada contrato es un "contrato de servicios" directamente entre el Mandante y el Contratista o Proveedor especializado de servicios. Sus características son:

Alcance: Supervisión de la Ingeniería, Procura y Construcción. Supervisa a los contratistas en representación del Mandante.

Responsabilidades: Nominal y no económica, si el contrato (proyecto) se atrasa o cuesta más, el "EPCMista" sigue cobrando en función del tiempo y los recursos que use, en algunos casos con ciertas penalidades. La mayor pérdida para un "EPCMista", es su reputación. El EPCM no es un servicio garantizado: requiere que el Mandante esté constantemente evaluando el servicio en términos de Calidad de Ingeniería, efectividad de la procura y de gestión de los contratos del proyecto.

Penalidad: Normalmente no asume penalidad, pero es posible de asignársele en función a la gestión que realizan (por ejemplo: demora en la respuesta a RFI, falta de planificación, incumplimiento de entrega de información).

Riesgo: Va por el lado del Mandante, salvo los contratos que supervise el "EPCMista" sean del tipo EPC, en donde el riesgo es más controlado.

Recomendable: Cuando el Mandante no tiene personal suficiente para integrar la gestión de todo el proyecto y/o supervisar a los contratistas.

Contratos: Los contratos son realizados directamente entre el Mandante y los Contratistas. El Mandante paga a los contratistas.

Si bien es cierto, los EPCM liberan al Mandante del proceso engorroso de administrar a todos los contratistas y le permite orientarse a las actividades de su interés, no es menos cierto que si el proyecto se atrasa, el Mandante tiene que seguir pagando por los servicios, aunque en ocasiones puede descontar algunas penalidades **y los Claims de quienquiera que se sienta afectado por la ejecución de algún contrato del EPCM, siempre se dirigen al Mandante**, saltándose toda la cadena de responsabilidades escritas "cuidadosamente" en las bases de licitación.

Normalmente se hace el supuesto de que la experiencia, procedimientos y liderazgo del "EPCMista", permiten tener un equipo del Mandante pequeño, dedicado principalmente a las decisiones relevantes: se ha demostrado notoriamente y muchas veces, que ese supuesto NO ocurre.

A pesar de que una de las principales funciones atribuibles al "EPCMista" es gestionar los Claims cuando surjan, esto podría verse limitado por su participación y las responsabilidades contractuales en la fase de construcción: esto ha sido establecido por varias asociaciones profesionales como CMAA<sup>2</sup> y PMI<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>En alusión al contratista EPCM

El CMAA establece métodos y procedimientos para minimizar el impacto de los Claims a través de una resolución rápida y equitativa, con un impacto mínimo al esfuerzo de construcción en curso. Los procedimientos deben abordar la recepción y disposición de los Claims presentados, la evaluación del mérito, la evaluación de los derechos, los procedimientos de negociación y solución, el manejo de disputas y los procedimientos de apelación. Todos los Claims y posibles Claims deben discutirse semanalmente en la reunión de progreso.

El PMI establece que la gestión de Claims es, en algunos aspectos, similar a la gestión de riesgos y consta de los siguientes cuatro procesos:

16.1 Identificación del Claim

16.2 Cuantificación del Claim

16.3 Prevención de Claims

16.4 Resolución de Claims

A primera vista, es posible pensar que usar el mismo "EPCMista" para resolver los conflictos y la defensa contra Claims de contratistas al final del proyecto, es la mejor manera; principalmente si considera que "EPCMista" es la mejor manera porque: 1) Conocía el proyecto, 2) Conocía su historia y 3) Sabe cómo piensa un contratista". Sin embargo, debe tener en cuenta los siguientes puntos:

**1. La gestión de Claims, después de las primeras etapas** (registros de comunicación, aprobaciones, etc.), cuando los Claims presentados deben analizarse y responderse, en parte es un proceso de auditoría.

Durante el estudio de las justificaciones, se buscan las causas y podrían surgir entidades responsables. El "EPCMista", permanentemente está involucrado con su contrato con el Mandante, condición que significa una visión sesgada al momento de surgir la evaluación de problemas originados durante la ejecución. Entonces, si usted fue una parte activa durante la construcción, ¿puede afirmar que es capaz de realizar una auditoría imparcial sobre usted mismo?

**2. Durante la gestión de Claims, podría surgir un conflicto de intereses**, como consecuencia del punto anterior.

Ambos, el CMAA y el PMI, han establecido todos los otros deberes y funciones de los PM/CM<sup>4</sup> (en este caso, el "EPCMista"), para cumplir con los altos estándares de la industria en la gestión de proyectos, que incluye la coordinación, planificación y proporcionar todo lo que los Contratistas y subcontratistas necesitan bajo los términos de la lectura de cargos con el Mandante. Entonces, el "EPCMista" podría ser parcial o totalmente responsable de las causas de las Claims. En este punto, y dependiendo del contrato Mandante-"EPCMista", el último podría tener responsabilidades sobre la situación generada y se podría reclamar una compensación por parte del Mandante.

Ya sea que lo indique el contrato o no, la función principal del "EPCMista" es el control del costo y el tiempo del proyecto, y evitar Claims. Estos últimos términos son de uso

<sup>2</sup>The Construction Management Association of America

<sup>3</sup>Project Management Institute

<sup>4</sup>Project Manager/Construction Manager

común en artículos de la industria, seminarios y asociaciones profesionales, como CMAA, PMI, AACEi, etc., (el surgimiento de Claims podría significar fallas en los deberes del PM/CM). Entonces, frente a este escenario, ¿es posible garantizar que no se superpongan los intereses del "EPCMista" sobre los del Mandante?

- 3. Un tercero podría aportar una nueva perspectiva a la situación:** Un "Claimista"<sup>5</sup> externo, ha aprendido a observar de manera imparcial (desde fuera del contrato) las dificultades en su ejecución y ha desarrollado la capacidad de establecer de manera suficiente y neutra, las responsabilidades de las partes. Ninguna de las partes involucradas en la ejecución de los contratos, podría ayudar a mitigar este riesgo.
- 4. Gestión de Claims, podría ser la principal actividad de consultoría y no un rol eventual o accidental.** Circunstancias especiales requieren profesionales con experiencia especial: no podemos imaginar a otros cuya actividad principal o única sea la Gestión de Claims, como la opción más idónea.
- 5. Un Consultor de Claims debe conocer las altas técnicas de la industria, así como el entorno legal y social donde se firmó el contrato de construcción y se produjeron controversias.** Es bien sabido que hay muchas empresas con consultores y técnicos de habla inglesa, formadas en el siste-

ma Ley Común: pero no ciertamente en la Ley Civil de LATAM. El consultor debe tener la experiencia en el manejo de Claims en nuestro sistema legal, para ser un apoyo efectivo para la estrategia de defensa de Claims y, más adelante, si la situación se intensifica. Con este sistema legal diferente, podemos afirmar que las compañías extranjeras han tenido resultados mixtos o limitados operando en LATAM.

- 6. Un experimentado "EPCMista", dista mucho de ser catalogado de manera instantánea como un "experto Claimista". Las horas de vuelo requeridas para ser un experto "Claimista",** no radican únicamente en "conocer el contrato al dedillo", es decir, tener un conocimiento cabal y pormenorizado de cada una de las cláusulas que asignan derechos a cada una de las partes, sino implica establecer claramente la relación causal entre los derechos identificados y definidos con los daños a ser resarcidos, en términos de plazo y costo y en definir el mecanismo (técnica, herramienta, metodología) que permita valorar debida y suficientemente el total de daños excusables y compensables (recuperables), facilitando una solución mutuamente beneficiosa entre las partes de un contrato.

Un consultor local con experiencia internacional probada, es la mejor opción para obtener una imagen de una situación realista sobre un Claim.

---

<sup>5</sup>En alusión a un Ingeniero de Claims