



Antonio Iribarren - CIC, CEIC®
Socio Fundador de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

PERITAJES EN CONSTRUCCION: FRONTERA E INTEGRACION ENTRE INGENIEROS Y ABOGADOS



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Este documento busca motivar la reflexión entre los actores de la Construcción, concordar y poner límites en los peritajes a ojos de una conveniente flexibilidad, respecto de la frontera entre Ingenieros y Abogados en la industria: probablemente no haya consenso entre los pareceres, pero provocar la discusión nos llevará hacia una definición común de esta frontera y nivelar conceptos.

El Contexto

Para ponernos en contexto, me permito transcribir algunos conceptos vertidos por algunos connotados Ingenieros y Abogados del derecho de la construcción:

- *"La realidad del caso es que no podemos disociar lo que somos los Abogados y lo que son los Ingenieros en este tipo de industria y tenemos que aprender a trabajar de una forma colaborativa y de una forma en la cual ayudemos a la obra, al proyecto¹ y a las partes."*
- *"En la actualidad existe un desorden en cuanto a los roles de los Abogados en los contratos de construcción."*
- *"La mente del abogado tiende a ser un poco más amplia, más creativa, quizá en algunas cosas los Ingenieros tienden a ser muy rígidos... y está muy bien pues, esa es su función. Ir de esa amplitud a esa cierta cosa más científica, eventualmente más rígida, yo creo que es un desafío²."*
- *"Respecto a los Abogados, la ambigüedad y el ser muy flexible es un detalle que solo les compete a ellos en su universo de especialidad, pero en los espacios contractuales, son*

los responsables de evaluar y decidir las obligaciones jurídicas de los contratos (tan solo eso): no deben intervenir en temas o decisiones que son propias de la ingeniería, ejemplo: la asignación de riesgos."

- *"En las discusiones de conflictos en contratos de construcción, siempre es necesario involucrar al profesional de ingeniería y al abogado. En primer lugar el ingeniero frente de las discusiones, y el abogado dando apoyo en Back Office. Caso no se logre éxito en las negociaciones, si invierten estas posiciones."*
- *"Los roles de los profesionales constructores, Abogados, Ingenieros, etcétera, que están en el contexto del derecho de la construcción, los Abogados tendemos a ser un poco egocéntricos³ quizá en decir "No, no, no. Estos es una cuestión de derecho, esto es una especialidad del derecho". Los Ingenieros, a su vez, tienen sus tensiones porque dicen "oiga, está muy bien lo que plantean los Abogados respecto a lo que es la interpretación del derecho de la construcción", pero en definitiva una obra no se hace con Abogados y se hace con planos, memorias, etcétera y eso lo hacen los Ingenieros, así que ellos no necesitan a los Abogados para hacer la obra....Yo tengo una opinión distinta: soy de la opinión que una obra no se hace solamente, con planos, memorias... porque todo ese proyecto finalmente está circunscrito a un alcance. Y el alcance lo dan los documentos técnicos, por cierto que sí, pero también lo da el contrato que de alguna manera envasa este alcance de ingeniería".*

1 El Abogado actúa en los contratos donde existen acuerdos legales entre las partes: no redacta los proyectos, redacta los contratos.

2 Este documento, pretende aportar a ese desafío, reflexionando respecto de la frontera Ingenieros Abogados.

3 Más bien, la realidad muestra que los Abogados tienen un rol sobredimensionado en los contratos.

- "Nosotros los Abogados, ejecutamos el contrato⁴".
- "Los Abogados estamos en todos los espacios del quehacer humano y dentro de esos espacios, los Contratos de construcción. Y la gestión que practicamos la hacemos integrados tratando de evitar desastres, somos flexibles y podemos adaptar cualquier alcance".
- "El abogado actúa en los contratos donde existen acuerdos legales entre las partes: no redacta los proyectos, redacta los contratos. El abogado no puede redactar un contrato por sí solo: el que lo hace de esa manera, desde ya le está haciendo un gran daño a la esencia del contrato. La redacción de un contrato está supeditada primero a la intervención de lo que conocen realmente el propósito que ha llevado en desarrollar cada detalle del procedimiento constructivo, allí están los Ingenieros".
- "Todos los roles se complementan y todos son parte del mismo equipo: el equipo para sacar adelante el proyecto".
- "Yo creo que es un error tratar de clasificar o de ponerle etiqueta a los roles de los Ingenieros, Abogados, porque no solamente somos Ingenieros y Abogados, o sea hay muchas otras profesiones en torno a un proyecto, en torno a un contrato".
- "La realidad del caso es que no podemos disociar lo que somos los Abogados y lo que son los Ingenieros en este tipo de industria y tenemos que aprender a trabajar de una forma colaborativa y de una forma en la cual ayudemos a la obra, al contrato y a las partes de ellos".
- "Es muy probable que los Abogados que realmente dominan el lenguaje técnico y los problemas comunes de construcción, contribuyan con el Ingeniero. Mutatis mutandis, el Ingeniero que comprende las particularidades del contrato y que es sensible a los conceptos legales, sin duda facilitará el flujo de información para la elaboración de estrategias legales. En este sentido, los Abogados e Ingenieros de la construcción deben trabajar codo con codo desde el inicio hasta la entrega final de las obras".
- "Los Abogados e Ingenieros pueden reflexionar sobre el tipo de proyecto que se pretende construir, el tipo de relación que involucra a las partes, el tipo de financiamiento, etc., para definir el tipo de contrato más conveniente (EPC, EPCM, BOT, DBB, COST PLUS, etc.). Después de eso, el Ingeniero junto con el Abogado se sentará a la mesa para negociar el contrato con la contraparte".
- "Después de la firma del contrato, ambos pueden trabajar juntos en la preparación de cartas, registros diarios, etc., a lo largo de las obras hasta la entrega. Mientras tanto, pueden aparecer Claims, y tanto el Abogado como el Ingeniero, familiarizados con el tema en disputa, pueden tomar medidas rápidas, precisas y estratégicas para abordar las negociaciones. Si no se llega a un acuerdo pacífico, toda la información ya reunida se puede utilizar perfectamente para futuros litigios. Ambos profesionales pueden trabajar juntos en todo el ciclo de construcción".
- "Los Abogados entramos cuando las partes no se han puesto de acuerdo,

4 Los Abogados evalúan y deciden las obligaciones jurídicas de los contratos: no los ejecutan.

5 Precisamente por eso, es que es imperativo fijar fronteras en el quehacer de los Abogados

6 Este documento busca provocar y hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción, para intentar una definición común de esta frontera Ingenieros Abogados: no pretende clasificar o ponerles etiqueta a sus roles.

7 Este documento busca concordar y poner "incómodos" límites a ojos de una conveniente flexibilidad: los Ingenieros somos cartesianos, "cuadrados" (tanto, que 2+2 para nosotros es 4, no 3,9 ni 4,1). No se trata de disociar, ni dividir, sino sumar.

sino también lo hacemos para formar para del equipo de profesionales que están a cargo de la gestión del contrato. En la parte gestión Ingeniería del contrato, los Abogados no tienen nada que hacer”.

Propósito

Provocar y hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto de la frontera entre Ingenieros y Abogados en los peritajes, para intentar una definición común de esta frontera y nivelar conceptos.

Definiciones

Son tres palabras que examinar y reconocerles de forma previa, algunas características sine qua non, ad-hoc a los contratos de los proyectos de construcción: Construcción, Ingenieros y Abogados. Las definiciones más certeras y razonables a mi manera de entender son:

- Construcción es un conjunto de actividades organizadas que involucran el trabajo de construcción, es decir, ingeniería, procura, construcción, puesta en marcha, procedimientos constructivos y la misma operación del entregable del contrato.
- Ingeniero es un profesional que aplica el conocimiento científico con la creatividad y experiencia, para resolver problemas en el mundo real, con procesos basados en fundamentos científicos y/o por aplicación probada. Una de sus características reconocidas, es que pueden ser prisioneros de su rigidez y muy cartesianos (“cuadrados”): en el ámbito de la construcción, son los responsables de la administración del contrato (plan, programa, ejecución, control y coordinación).
- Abogado es un profesional que aplica el conocimiento jurídico para asistir a sus clientes, como asesor y representante en la defensa de sus derechos e intereses frente a los or-

ganismos públicos, personas y entidades privadas. Una de sus características reconocidas, es que pueden ser prisioneros de su ambigüedad, muy flexibles: en el ámbito de la construcción, son los responsables de evaluar y decidir las obligaciones jurídicas de los contratos.

Pensamiento estratégico

El provocar y hacer reflexionar a los actores en la industria de la Construcción respecto de la frontera entre Ingenieros y Abogados en los peritajes, descansa en una lógica de indagar, razonar, contextualizar y generar una hipótesis, basado en lo siguiente:

- “Una definición común de esta frontera y nivelar conceptos, cosa que no ocurre”.
- “Está ocurriendo un desorden en cuanto a los roles de los Abogados en los peritajes de contratos en construcción, qué esperaríamos que no ocurrieran”.
- “No está ocurriendo la existencia de una frontera entre Ingenieros y Abogados y esperaríamos que existiera”.
- “Los actores relevantes para que pase lo que deseo que pase, son los Ingenieros y Abogados en Peritajes de Construcción”.

Premisas Básicas

Como Ingeniero Perito Internacional para peritajes en las demandas en Arbitrajes de Construcción, busco concordar objetivos y metas respecto la frontera entre Ingenieros y Abogados, operando vía Procesos, teniendo presente que podemos continuamente aprender y perfeccionarnos, a través del feedback y evaluación.

Aclaración de Expectativas

Este documento pretende una percepción compartida del problema por parte de los Ingenieros Abogados protagonistas, un acuerdo acerca de los medios para resolverlo y sensibiliza-

ción de los profesionales involucrados.

Algunos aspectos importantes

- En el ámbito de la Construcción, aún hay quienes sostienen que Proyecto⁸ y Contrato⁹ son sinónimos y que da lo mismo el uso de cualquiera de ellos, porque "se entiende y eso es suficiente". Sin embargo, un Proyecto no es un Contrato: son dos cosas distintas y existen diferencias importantes. Resumidamente, un proyecto es un emprendimiento y un contrato es un acuerdo legal.
- El Contrato y la "La Ley del Contrato" consustancial al acuerdo y sus complejidades, se debe Planificar, Organizar, Ejecutar, Controlar y Coordinar por cada parte, es decir ADMINISTRAR, según la condición de Mandante o Contratista y según sus intereses. Tanto el Mandante como el Contratista administran el contrato con finalidades y objetivos similares: cumplimiento del alcance, del plazo y el presupuesto, así como la identificación temprana de controversias, etc.
- Administrar un Contrato (de Construcción), es administrar un Negocio y la gestión por el resultado del negocio queda en manos de una sola persona, de principio a fin: el Ingeniero Administrador de Contrato.
- En la "Formación del Contrato", los Mandantes suelen encargan a un Abogado la redacción del modelo de contrato a utilizar. En mi experiencia, son pocos los Abogados que acostumbran a ir al terreno/campo, por lo tanto, no conocen (ni tienen porque conocer) de los procedimientos constructivos, ni las particularidades en que se desarrollarán los trabajos

del contrato: conocen y comprenden lo que es Construcción, pero no pueden EVALUAR las condiciones de cada caso.

- Eso trae como consecuencia, que el Abogado se incline a resolver los aspectos legales y contractuales, redactando cláusulas que tienden a traspasar/asignar al Contratista, los riesgos que él no conoce y/o que no puede prever, sin considerar debidamente los aspectos económicos que ello significa al Mandante: ergo, cuando el abogado conoce/comprende de lo que escribe¹⁰, los contratos funcionan mejor y eso lamentablemente, no ocurre con frecuencia.

Esa práctica de transferencia de riesgos, es una de las causas típicas para que el contrato sea permeado de controversias y Claims, desviando el foco que es la construcción. Ha resultado ser una muy buena práctica, que la redacción del contrato sea hecha por un Abogado y por un Ingeniero: el contrato resulta más equilibrado.

- Una vez firmado el Contrato, ambas partes son las que deben entender de la misma forma los contenidos, alcances, compromisos, responsabilidades. Esto no siempre sucede, pues a partir de la firma del contrato, aparece otra visión del Encargo (la del Contratista) y las reglas del juego se tornan de vital importancia durante la ejecución de los Contratos de un proyecto.
- En cualquier momento se pueden producir diferencias de opinión durante el ciclo de vida de un contrato, independientemente de su tamaño, tipo y ubicación. Cronológicamente el camino que sigue una "desvia-

8 Según AACE, Proyecto es un emprendimiento temporal con un objetivo específico que debe cumplirse dentro del tiempo prescrito y limitaciones monetarias y que ha sido asignado para su definición o ejecución.

9 Según AACE, Contrato es un acuerdo legal entre dos o más partes, que pueden ser de varios tipos (la suma de los contratos es el proyecto).

10 La diferencia entre un Abogado general y un Abogado de la construcción radica en que los Abogados generales no entran en el campo/sitio y "no ensucian sus zapatos". Los Abogados de la construcción normalmente van tomados de la mano del "Ingeniero Administrador de Contratos".

ción” hasta llegar a Arbitraje/Juicio, normalmente es el siguiente:

- o Una vez iniciados los trabajos después de la firma del contrato, se generan las Órdenes de Cambio.
- o Ordenes de Cambio denegadas, normalmente se transforman en Controversias.
- o Controversias no resueltas (en el ámbito de los Ingenieros Administradores de Contrato Mandante/Contratista), escalan a los niveles facultados y se transforman en Conflictos.
- o Conflictos que no logran converger en un acuerdo, se transforman en Claims.
- o Claims en los que no se llega a convenir, devienen en Litigios: Arbitrajes o Juicios.
- El Claim tiene un camino de análisis contractual/constructivo/ingenieril¹¹ antes de desembocar en un litigio. Este análisis -que algunos dan en llamar Técnico- comprende desde la revisión de los documentos contractuales, los cambios en el alcance, cronograma línea base, valor de las partidas, la información generada durante el desarrollo de la relación contractual, los aumentos de obra, etc.
- Es menester examinar la génesis de las denegaciones de las ordenes de cambio, las controversias no resueltas y los conflictos no concordados, puesto que los mecanismos (técnicas, herramientas y metodologías) que permiten zanjar esas desviaciones contractuales/constructiva/ingenieriles, asociadas a cambios en el alcance, atrasos en el cronograma y sobrecostos en los Contratos (análisis de daños costos/plazo, Re-

laciones Causa-Efecto que muestren el impacto), son las mismas para el Mandante como para el Contratista y normalmente no se aplican en los contratos.

Frontera

Si hablamos de frontera como línea divisoria, se debe entender que entre los Ingenieros y Abogados existe esa línea en términos de descripción de roles y responsabilidades ante lo que es el ejercicio profesional: en ese orden no cabe ninguna discusión.

En la ejecución del Contrato, es trabajo del Ingeniero gestionar las desviaciones contractuales una a una integralmente, hasta eliminarlas como concepto controversial: debe convertirlas en Ordenes de Cambio al contrato, o transformarlas rápidamente en Conflicto -que debe atender el nivel facultado superior- para sacarlas del ámbito de ejecución y de esta forma evita estresar las condiciones de ejecución del encargo contractual y el cumplimiento de los plazos y presupuestos (que es lo que interesa al Mandante y al Contratista).

En especial, dado que suele suceder que las justificaciones del Mandante para no conceder lo que le solicita el Contratista, carecen de un respaldo robusto y contundente respecto del entendimiento particular del concepto aludido y en ese caso, se genera un concepto controversial, que es necesario resolver.

La intervención del Ingeniero cesa cuando la génesis de ese concepto controversial traspasa el contexto de su aplicación asociada a una cuantificación objetiva, es decir, se concluye la vía de la aplicación de mecanismos ad-hoc a cada caso y se define que las instancias de negociación “constructi-

¹¹ Análisis Contractual/Constructivo/Ingenieril: técnicas, herramientas y metodologías que permiten zanjar controversias y/o mejor controlar/mitigar los problemas asociados a desviaciones en el alcance, atrasos en el cronograma y sobrecostos en los Contratos (análisis de daños costos/plazo, Relaciones Causa-Efecto que muestren el impacto), son los mismos para el Mandante como para el Contratista y normalmente no se aplican en los contratos.

va" entre las partes están agotadas.

En otras palabras, **agotada la cuantificación objetiva sin resolver el desacuerdo, cesa la intervención directa del Ingeniero, culmina la negociación "constructiva" y en consecuencia ese es el comienzo del camino legal, para resolver vía interpretación contractual** tales como el principio de la buena fe, la teoría de la imprevisión, el carácter conmutativo, colaborativo y relacional del contrato y a las razones subyacentes de la normativa que lo regula.

Por lo tanto, la frontera entre Ingenieros y Abogados queda definida cuando las instancias de negociación "constructiva" entre las partes, se declaran agotadas¹². Si aun así las partes no convergen en un acuerdo, entonces la forma de resolver las diferencias es a través de arbitrajes/juicios. Es claro distinguir y segmentar la participación Ingenieros y Abogados antes y después de la etapa de "negociación constructiva": post negociación constructiva, el Ingeniero se transforma en "Asesor" del Abogado.

Integración

Si bien puede entenderse que las fronteras establecen un límite, una "soberanía" donde uno no puede simplemente adentrar en zona del otro, permítanme introducir el concepto Integración y poner como ejemplo, que entre los países europeos existe fronteras claramente definidas, pero también integración de varias índoles, en cuanto a culturas, costumbres, idioma y estas fronteras integradas, son un ejemplo en el mundo: iisi no existe Frontera, no existe Integración!!

Ahora bien, más allá de la Frontera (que jamás desaparecerá), fijemos la mirada en el acto de Integración como

elemento de cooperación respecto a los procesos inherentes a un Contrato de Construcción: **Integración, pero con Fronteras.**

Existe el espacio de integración de fronteras, en donde Ingenieros y Abogados podemos y debemos coexistir incorporando procesos posibles de ser regulados, **para que ocurra la integración de manera reglada, no solo de manera espontánea/flexible.**

La naturaleza del contrato en cuanto a diseño, alcances, costos, riesgos, órdenes de cambio, gestión de Claims, etc., está reservada sin lugar a duda a los Ingenieros: está basada en el ejercicio profesional de la Ingeniería, no del Derecho de la Construcción.

Un Especialista en Contratos debiera admitir que en el ordenamiento jurídico (Derecho Contractual y/o Derecho Administrativo), los Abogados deben integrarse -sic- a la "Unidad Mayor" (Ingeniería) en aras de hacer uso de las obligaciones que les compete en términos del Negocio jurídico que identifica a los contratos.

Conclusiones:

- La frontera entre Ingenieros y Abogados, queda definida cuando las instancias de negociación "constructiva" entre las partes, se declaran agotadas. Si aun así las partes no convergen en un acuerdo, entonces la forma de resolver las diferencias es a través de arbitrajes/juicios.
- Pese a declaraciones de algunos de "*no veo porque deba existir una línea fronteriza entre Abogados e Ingenieros, ni que tengan que unirse*", el Ingeniero participa de la ejecución de la obra y en su tarea deberá guiarse por el contrato y por las normas técnicas aplicables a su actividad: soy

¹²No es que uno sale de escena y otro ingresa: uno sale de la gestión del conflicto y pasa a dar apoyo, y el otro viceversa.

entusiasta impulsor de las acciones asociadas a la Integración de esa Frontera, pues existe ese espacio de integración de fronteras, en donde Ingenieros y Abogados podemos y debemos coexistir.

- La sinergia Ingenieros Abogados, es el camino para la exitosa integración multidisciplinaria de convergencia de pensamiento e investigación continua de los temas comunes, dentro del ámbito de la construcción: los Ingenieros entendemos de ingeniería, procura, construcción, puesta en marcha y los Abogados entienden de los aspectos legales y contractuales. Obviamente esa sinergia parte primero por ponernos de acuerdo.
- Existe el espacio de integración de fronteras, en donde Ingenieros y Abogados podemos y debemos

coexistir sin duda, incorporando procesos posibles de ser regulados, para que ocurra la integración de manera reglada, no solo de manera espontánea y flexible.

- Distinguir y segmentar la participación Ingenieros y Abogados antes y después de la etapa de "negociación constructiva", agrega valor: post negociación constructiva, el Ingeniero se transforma en "Asesor" del Abogado.
- El desarrollo de este documento no contempla la importante visión del árbitro/juez (el árbitro va a decidir el conflicto según el contrato y la ley aplicable, no va a seguir automáticamente la visión del Abogado ni la del Ingeniero), lo que se realizará en etapas posteriores.