



ANTONIO IRIBARREN CIC®-CEIC®
Socio de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

LAS APARICIÓN DE CONTROVERSIAS DEPENDEN PRINCIPALMENTE DEL CONTRATISTA



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

La construcción está llena de riesgos relacionados con todos los interesados en un contrato. Cómo y cuándo se identifican y gestionan estos riesgos, facilitará el éxito general y determinará si cada miembro del equipo sirve al interés común de todos y el propio contrato. **No todos los riesgos pueden ser previstos, y precisamente son los impactos imprevistos los que crean un aumento de las controversias entre las partes**, debido a la falta de comprensión, planificación insuficiente y falta de habilidad para gestionarlas.

La mayoría de los contratos de construcción -independientemente de su tamaño, tipo y ubicación- son objeto de controversias de numerosos tipos y pueden surgir en cualquier momento.

La firma de un contrato es un hito muy importante, porque señala, entre otras cosas, que a partir de ahí aparece otra visión del encargo, no es solo el Dueño/Mandante quien actúa, sino que ahora aparece un segundo actor en el ruedo: El Contratista.

La experiencia dice que en las relaciones contractuales aumenta el valor de los contratos y habrá controversias no resueltas, que son fuentes de generación de Claims.

Tan pronto como las partes han firmado un contrato, los procesos involucrados con la interpretación y la aplicación de lenguaje del contrato, planos, especificaciones, normas legales, etc., de cada parte, comienza y continúa hasta el cierre de contrato.

Es esta interacción -con visiones no siempre congruentes Mandante/Contratista- la que proporciona un caldo de cultivo para la falta de confianza y la rápida creación de un clima de con-

frontación entre las partes, desde el inicio del contrato.

A pesar de la gran cantidad de factores que contribuyen a crear controversias contractuales, existe un factor que se destaca con respecto a su capacidad para proporcionar un marco positivo en el desarrollo de las controversias/conflictos y una base para ayudar a resolverlos, y **ese elemento es la Comunicación.**

Con demasiada frecuencia, la falta de intercambio de información y/o comentarios y/o preocupaciones, o no comunicar en cualquier etapa del contrato, simplemente proporciona la base para "fermentar" y hacer crecer una controversia, a partir de lo que aparentemente al principio puede ser benigna e inocua, hasta reventar -en su cara- en un complejo y costoso problema de controversia/conflicto, con vida propia.

"Una diferencia principal entre situaciones que evitan las controversias en un proyecto y los que no lo hacen, es que las controversias se evitan cuando las organizaciones participantes y el equipo del proyecto trabajando juntos, tienen la capacidad de desarrollar una estrategia de comunicación abierta con respecto a cuestiones de interés para un participante, y están comprometidos a resolver los problemas de una manera proactiva, cooperativa y oportuna a medida que surjan", Guide to Leading Practice for Dispute Avoidance & Resolution, CRC Construction Innovation, November 2009, Managing Disputes, p. 28.

Durante la etapa de Licitación del contrato, en el proceso de Aclaraciones, Preguntas y Respuestas, lo usual es que la mayoría de los contratistas hacen suficiente y profuso uso de las

oportunidades de preguntas y respuestas antes de afinar el precio de sus ofertas, planteando preguntas y preocupaciones respecto -v.g.- la interpretación, comprensión y operación del contrato en sí; los mecanismos de riesgo y cambio; la aclaración de errores y discrepancias o cualquier otro asunto que ayude a facilitar una oferta competitiva.

Además, cuando una pregunta se levanta y se recibe una respuesta precisa y definitiva -evento no todo lo usual que uno quisiera- proporciona un marco expreso para un problema específico que debe ayudar a evitar la aparición de una controversia durante la ejecución del contrato.

Evidentemente, no todos los problemas se pueden plantear, interrogar o incluso reconocer durante la etapa de licitación de los contratos; sin embargo, cuanto más aclaraciones son buscadas por el contratista durante este período, se generarán menos problemas de controversia en un momento posterior.....ningún contratista puede ser descalificado por pedir aclaraciones y hacer preguntas durante el período previo a la oferta.

Sin embargo, el autor ha sido testigo de algunos ejemplos en que sofisticados contratistas -en licitaciones de contratos grandes y complejos- **no levantan preguntas relevantes, PERO si tienen identificados todos**

los puntos débiles de las especificaciones, están conscientes que generarán potencialidades de controversias contractuales y saldrán a buscar hacer ganancias aprovechándose de esas debilidades del mandante: arman equipos de control especialistas en Claims, y sin compartir la información del instante, terminan por sorprender, ya que controlan exhaustivamente y lo contrastan contra la oferta, o chequean el cronograma de compromisos del mandante, **y por ahí cualquier atraso o debilidad lo "controversializan" para obtener solicitudes de compensación adicionales.**

Las controversias dependen principalmente del mandante, porque **aun cuando el estado de la ingeniería en la licitación sea de Detalles de alta calidad (incertidumbres menores al 5%), basta que alguno de los antecedentes de licitación que respaldan al contrato se desvíe, para que el contratista la pueda detectar y transformar en una solicitud de compensación.**

Por eso muchos decimos que es muy difícil LIMITAR la probabilidad de aparición de controversias, porque dependen principalmente del Contratista, lo que no significa que también dependen del mandante, de sus expectativas y de la forma como se ha abordado el control de actividades, pero en la experiencia del autor, en muy escasas oportunidades ha sido el mandante quien levante una controversia.