



ANTONIO IRIBARREN CIC®-CEIC®
Socio de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

LOS "CLAIMS" ¿PERTENECEN AL CAMPO DE LOS ABOGADOS?



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Se cree que "Claims" es un tema que pertenece al campo de los abogados, dado que se trata de la Ley del Contrato y que tiene regulaciones del derecho.

No obstante, la problemática detrás de los Claims, muy raras veces se sustenta en aspectos de origen extra contractual que se basan en temas de derecho no reguladas, pero aplicable a las partes (el redactor no conoce de ninguna en verdad): estos pertenecen más bien al instante en que las partes desistieron de llegar a acuerdo, y encontraron que la forma de resolver las diferencias es a través de arbitrajes/juicios.

Antes que eso, el Claim tiene un camino de análisis eminentemente técnico-administrativo, desde la revisión de los documentos contractuales, la información generada durante el desarrollo de la relación contractual, los cambios en el alcance, la programación de los plazos, el valor de las partidas, los aumentos de obra, etc., ámbito de orden técnico mejor entendido por Ingenieros, **muy distante de la malla curricular de la profesión Abogado.**

Es sabido que durante el ciclo de vida de un contrato, se producirán diferencias de opinión, desacuerdos, controversias, conflictos y frecuentemente, Claims durante la ejecución de los trabajos: las partes deben esforzarse en manejar bien esas situaciones, desarrollando procedimientos, fijando criterios y adiestrando personal.

¿Qué se debe hacer, respecto del "Conjunto de Procesos de Ejecución del Contrato", durante su ciclo de vida?

Según QDR, de acuerdo con el Análisis de Riesgos de cada etapa de Ciclo de Vida del contrato y los Planes de Acción para cada situación de riesgo, se debe efectuar los siguientes procesos:

- Prevención de Claims
- Gestión de Controversias
- Resolución de Conflictos
- Preparación Para Arbitraje / Juicio

La Metodología de trabajo estándar de QDR para Claims en Contratos¹, tiene para los procesos señalados, su propio modelo ad-hoc, con sus herramientas y técnicas asociadas.

Su desarrollo incorpora un proceso sistemático y sistémico que implica:

- a) el estudio, revisión y análisis de datos, documentos e información contractual existente (trazable),
- b) el desarrollo de una base de datos documentales organizada, identificación de problemas y entrevistas formales con personal clave del desarrollo del contrato.

Lo anterior se traduce en tener un completo conocimiento del alcance de los trabajos y de los términos contractuales, para poder identificar cambios en el encargo, y también de las actividades consideradas como controversiales, cuidándose de no "ensuciar" el valor, con un concepto controversial que solo desviará la atención de la otra parte, en destacar por ejemplo, las ineficiencias.

Adicional al análisis de datos y la información del contrato, al proceso Preparar Arbitraje se aplica la técnica de entrevistas formales a personal clave del desarrollo del contrato y se revisa al interior de la gestión propia, a partir de la cual elabora una "historia" del contrato, estableciendo por cada concepto de interés estratégico para el arbitraje, un análisis situacional FODA -enfaticando las debilidades propias, que no son otra cosa fortalezas de la contraparte- diseñando y evaluando las estrategias (taller facilitado ad-hoc, con su Plan de acción

asociado), para superar las debilidades, maximizar las oportunidades y fortalezas y enfrentar las amenazas.

Esto permite generar una contundente y robusta reportabilidad, respaldando la posición que el Cliente sostendrá durante el arbitraje y la consiguiente Preparación de la Demanda Reconvencional a tener en consideración al momento que el abogado responsable de ese proceso de arbitraje lo requiera.

Contempla efectuar Prevención de Claims antes de iniciar la ejecución del Contrato, y Gestión de Controversias, Resolución de Conflictos y Preparación para Arbitrajes/Juicios durante el desarrollo de los procesos de ejecución del Contrato.

- Una vez iniciados los trabajos de ejecución de los contratos, aparecen **las Órdenes de Cambio**.
- Órdenes de Cambio no resueltas, normalmente se transforman en **Controversias** (cuando surge una controversia, ningún tipo de acuerdo está garantizado: solo resta gestionarlas y mitigarlas).
- Controversias que no logran converger a una definición en que las partes reconocen estar de acuerdo (en el ámbito de los Administradores de Contrato² Dueño/Contratista), escalan a los gerentes y/o sponsor del proyecto/contrato y se transforman en **Conflictos**.
- Conflictos no resueltos, se transforman en **Claims**, y los Claims en los que no se llega a acuerdo, devienen en **Arbitrajes**, o derecha-

mente, Juicios.

En definitiva, **a cada uno lo suyo**: es indiscutible y obvio, que los Administradores de Contrato / Gerentes de Proyectos (según uso y costumbre local) tienen mucho que decir respecto estas materias Claims, y que **alguien que nunca construyó, difícilmente podrá entender el por qué la ejecución resultó con desviaciones, o el porqué de las decisiones o correcciones asumidas en su momento**.

Dicho lo anterior, y en mi opinión:

a) desde el instante en que las partes desisten de llegar a acuerdo y encuentran que la forma de resolver las diferencias es a través de arbitrajes / juicios, todos los procesos subsecuentes pertenecen al campo de los Abogados (quienes lideran la gestión del arbitraje/juicio ante el cliente, con una connotación totalmente legal), habida consideración que necesitarán del feed-back del personal técnico para armar la defensa; y

b) todos los procesos hasta Preparación para Arbitrajes (relacionados principalmente con desviaciones en el alcance, cronograma y costos), pertenecen al ámbito de personal técnico, con apoyo de Abogados, en situaciones en las que a requerimiento previo, puedan responder alguna consulta o entreguen un direccionamiento ad-hoc (**siempre es aconsejable tener diferentes puntos de vista y enfoque: un Abogado puede dar un enfoque distinto que aporte valor al análisis**).

¹ Nota: este artículo fue escrito el 18 de enero de 2016.

² Administrador de Contratos/Gerente de Proyectos -según uso y costumbre local- es la máxima autoridad a cargo del contrato, nombrado y empoderado por la organización, para planear, programar, ejecutar, controlar y coordinar los recursos y alcanzar los objetivos del contrato, proporcionando la dirección general del trabajo: la gestión por el resultado del Negocio queda en sus manos (una sola persona), de principio a fin.