



Antonio Iribarren CIC®-CEIC® y Alejandra Ulfe
Socio Fundador de QDR y Abogada Asociada QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

LAS AMBIGÜEDADES Y SUBJETIVIDADES DE LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

26 JUNIO 2017



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Claims es un NO commodity. Según prácticas actuales (orden de magnitud), los Claims se abordan un 95% post firma contrato, 5% anticipadamente, y se compensa entre el 35-50% del monto del Claim solicitado.

Sin pretender ser reiterativo, en el ámbito de los proyectos a nivel mundial, en promedio, cerca del 25% de la inversión significa sobrecostos por cambios en el encargo, y 10% de la inversión significa sobrecostos por Claims, lo que claramente amaga el Negocio.

Entonces, ¿cómo el Mandante enfrenta y paga estos costos? En un artículo anterior, se postula que con la Reserva del Mandante (*Management Reserve*, provisión para proteger el Negocio y no para proteger al proyecto), pero desde luego, **el foco debe estar en minimizar esos sobrecostos y no en cómo pagarlos.**

En esta oportunidad, quisiéramos aportar -transparentando- una forma "desconocida" para minimizar impactos por costos: la elección y redacción del modelo de contrato a utilizar.

Normalmente, los Mandantes encargan a un abogado la redacción del modelo de contrato a utilizar. El abogado no acostumbra ir al Campo, por lo tanto, no conoce (ni tiene porque conocer) de los aspectos técnicos, ni las particularidades del terreno en que se desarrollarán los trabajos: el abogado resuelve los aspectos legales y contractuales (a menudo exagerada), sin tomar en consideración los aspectos técnicos, pues no los comprende.

La redacción de las cláusulas tiende a asignar riesgos al Contratista de manera desequilibrada, de manera que los riesgos que no conocen y/o que no se puede prever, sean asumidos por el Contratista.

Esa es la génesis -en opinión de los columnistas- de todas esas cláusulas exculpatorias, ambiguas y subjetivas

que **los ingenieros con alguna experiencia en Claims, declaramos una fuente mayúscula de generación de Controversias y Claims.**

Claramente, el Mandante es responsable de preparar toda la documentación para enfrentar la licitación y el Contratista es el responsable de presentar su oferta según lo especificado por el Mandante. No existe interferencia entre las partes antes de la firma del contrato: **solo se requiere un trabajo metódico, riguroso y de alta calidad, ejecutado por profesionales especialistas y probadamente expertos.**

Una vez firmado el contrato, son dos las partes que deben entender de la misma forma los contenidos, alcances, compromisos, responsabilidades, entre otros. Lo que no siempre sucede: el inicio de una relación que involucra una dualidad entre el Mandante y el Contratista. A partir de ese momento, aparece otra visión del Encargo, y las reglas del juego se tornan de vital importancia durante la ejecución de los Contratos de un proyecto.

Los contratos de construcción cuentan con un nivel alto de riesgos, por su misma naturaleza conflictual. **La interpretación e idioma del contrato, debe armonizarse con un sistema jurídico, según sea la jurisdicción donde se ejecuten las actividades que envuelven los contratos del proyecto.** La normatividad legal y otros documentos del Contrato que forman parte integrante del mismo, deberán tener una interpretación unánime.

La posibilidad de ser sorprendido por un gran Claim, ha causado que los Mandantes cuestionen la interpretación de los términos y condiciones básicas del contrato de construcción -independientemente del modelo entregable del Contrato (*Delivery Models*)-, y pretenda "blindar" sus contratos, creando

cláusulas exculporias y “leoninas”, para protegerse contra la repetición de Claims.

Por tal motivo, las relaciones contractuales deben enfocarse en ser una herramienta de ayuda para la interpretación de obligaciones y derechos de ambas partes. Su análisis en mitigación de riesgos es vital: **el contrato es una herramienta de transferencia de Riesgos, y es el Mandante quien decide en primera instancia como utilizar dicha herramienta.**

Según la experiencia internacional en contratos de construcción, la aplicación de contratos o cláusulas estándares han sido desarrollados en países predominantes del Sistema legal *Common Law* (Derecho Común): Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Australia y otras colonias británicas. Tiene como base el Principio del Precedente, i.e., el rol del Precedente marca el *Common Law*. Las Cortes están obligadas a seguir una decisión tomada por una Corte de superior supremacía jerárquica.

Comparativamente, el *Civil Law* es el sistema legal que tiene como fuente el Derecho Romano-Germano, el cual tiene sus principios basados en la codificación de normas. Para este sistema jurídico -aplicable en Perú-, la solución o la respuesta ante un caso se desarrolla aplicando alguna normatividad, y el uso del precedente como una de las fuentes del derecho del *Civil Law*, no es para nada obligatorio.

Los países de Latino América heredan modelos de contrato de construcción desarrollados en países donde se aplica el *Common Law*, y en dichos contratos se hace referencia a conceptos desarrollados por criterios tomados en

las Cortes de dicho sistema jurídico. Para el caso específico del Perú, esta práctica ha conllevado que la interpretación y conceptualización de los contratos de construcción aplicados, no considere que la influencia anglosajona debe ser adaptada a un sistema jurídico distinto: **Civil Law-Perú.**

Además, esta problemática se torna crítica cuando el lenguaje utilizado no utiliza una redacción simple que permita una interpretación expresa de las obligaciones, afectando el balance de asignación de riesgos.

De ahí, que lo que hemos denominado la “Peruanización” del contrato, se torna imprescindible: **no es otra cosa que adaptar el contrato del Common Law a las Leyes Peruanas y clarificar conceptos utilizados a nivel internacional, lo cual afinarán la interpretación del Contrato de Construcción, sin diferenciar el Delivery Model utilizado** (EPC, EPCM, D&C, entre otros).

Esto conlleva a una buena práctica tendiente a la protección de los potenciales Claims por el Contratista: las cifras reclamadas pueden ser muy significativas.

En definitiva, cuando el abogado entiende de lo que escribe, los contratos funcionan mejor. Eso lamentablemente -como se ha dicho- no ocurre con frecuencia.

Ergo, dado que los Ingenieros entendemos de la Ingeniería, Procura, Construcción y PEM, y los Abogados entendemos de los aspectos legales y contractuales, obviamente la sinergia Ingenieros-Abogados, es el camino para la exitosa gestión de Claims Contractuales.