



ANTONIO IRIBARREN CIC®-CEIC®
Socio Fundador de QDR

Copyright © 2015 Asesorías, Consultorías y Servicios QDR

CLAIMS VS PERITAJES DE DAÑOS (Cuantificación de daños en Claims y Peritajes de Parte)



Minería



Infraestructura



Energía



Oil & Gas

Es sabido que durante el ciclo de vida de un contrato -independientemente de su tamaño, tipo y ubicación- en cualquier momento vivirá y se producirán diferencias de opinión: la situación se enturbia cuando alguna de las partes interpreta (bien o mal) que el otro lo está pasando a llevar en sus derechos y obligaciones contractuales, porque la dura realidad, es que existe grandes posibilidades de que las personas en una posición de poder, adopten rápidamente un enfoque conservador individual, haciendo prácticamente, caso omiso de las estipulaciones del Contrato.

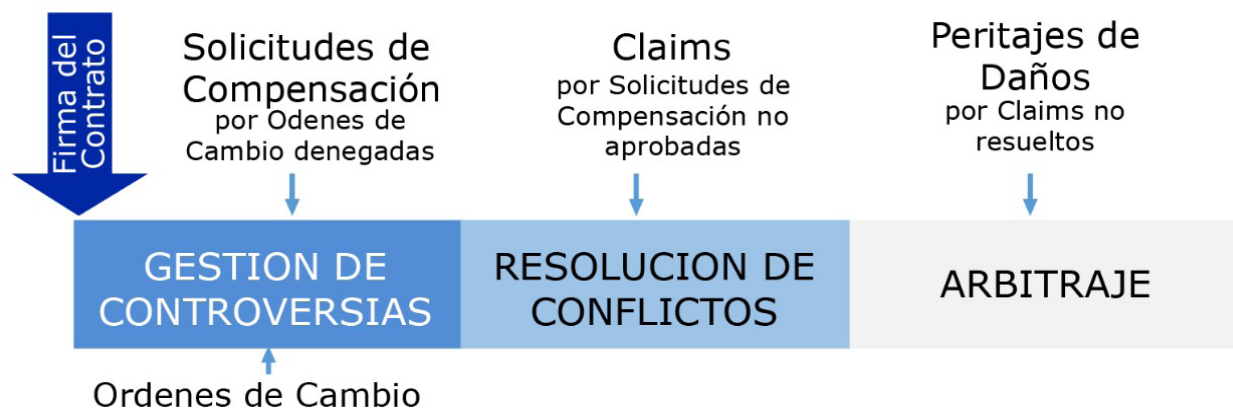
Por otro lado, cronológicamente el camino que sigue una "desviación" hasta llegar a Arbitraje/Juicio, normalmente es el siguiente:

- Una vez iniciados los trabajos des-

pués de la firma del contrato, se generan las Órdenes de Cambio

- Órdenes de Cambio denegadas, normalmente se transforman en Solicitudes de Compensación
- Solicitudes de Compensación que no logran converger a una definición en que las partes reconocen estar de acuerdo y no se aprueban (en el ámbito de los Administradores de Contrato del Mandante / Contratista), escalan a los niveles facultados, transformándose en Claims y
- Claims que no se resuelven, devienen en Arbitrajes o Juicios, que requieren Peritajes, particularmente en nuestro caso, Peritajes de Cuantificación de Daños.

Gráficamente, puede modelarse de la siguiente forma:



Claim

- Es un requerimiento por una compensación económica adicional por trabajos que se consideran no incluidos en el Contrato, o ampliación de plazos de ejecución para la finalización de los trabajos -o ambos- que se ha hecho, o que se cree haberlo hecho.
- Es una exigencia de algo (que se cree) que se debe, usualmente como resultado de una acción o instrucción, fuera de los términos y condiciones contractuales que

no está económicamente resuelta entre los interesados (Mandante y Contratista).

- Es una Demanda o afirmación por una de las partes buscando, como un derecho, un ajuste o interpretación de los términos del Contrato, una compensación económica, de ampliación de plazo u otro relacionado con los términos contractuales.
- Debe contener al menos, los hechos o circunstancias relevantes

relacionados con el Claim; el efecto de los hechos sobre el Contrato; la incidencia en el plazo de los hechos relevantes; el incremento de los costos soportado por el Contratista y/o el Mandante (los daños y perjuicios).

Si se llega a un acuerdo al respecto, el Claim desaparece y se transforma en una Orden de Cambio. Si no, el Claim puede pasar a una negociación, mediación, arbitraje, o llegar hasta un juicio para que se resuelva. A menudo se piensa que los Claims son del Contratista al Mandante: también pueden originarse desde el Mandante, que cree que algunos requerimientos del Contrato, no han sido llevados a cabo por el Contratista.

Es posible pensar que usar el mismo personal del Contrato (oficina técnica u otra similar) para gestionar los Claims, es la mejor manera, porque: 1) conoce el Contrato, 2) conoce su historia y 3) sabe las debilidades de su Mandante y cómo piensa.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que después de las primeras etapas -cuando los Claims presentados deben analizarse y responderse-, es prácticamente un proceso de auditoría. Durante el estudio de las justificaciones, se buscan las causas y podrían surgir responsables "internos".

El personal propio del contrato, permanentemente está involucrado en 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?

Peritaje de Daños

Informe estructurado para facilitar la comprensión de cualquier persona ajena a la materia, que aporta valor y claridad al Árbitro / Juez / las Partes, en Arbitrajes/Juicios en Contratos de construcción y que se hace servir como prueba pericial ante un Tribunal.

La inmensa mayoría de los Mandantes y Contratistas -enfrentados a un Arbitraje- encargan la confección de la historia del contrato, a su propio personal, pero aunque -como ya se dijo- parece bien y lógico, esa historia "no es neutra, ni libre de sesgo".

Obviamente tendrá la oblicuidad de no reconocer falencias/deficiencias propias de la gerencia/administración del contrato (y tal vez también, del gerente/administrador del contrato): como instinto de supervivencia, cuidan su «pega». Qué opinión se formará el Tribunal Arbitral frente a una historia sesgada e imparcial?

Mandantes y mayoritariamente Contratistas, no «gastan» en consultorías, ignorando la experiencia existente a su alrededor, que les pueden sumar las consultoras expertas en gestión de Claims, con sus procesos y metodologías probadas y maduras, llegando a conformar con ellas «equipo», lo que según algunos gurús ad-hoc, mejora a lo menos, 5 veces los resultados, que si solo lo hicieran ellos mismos.

El autor ha verificado, que en el mercado:

a) Predomina una visión básicamente de interpretación/aplicación jurídica, muy escasamente "Causa y Efecto" y nulo "Calculo de Daños", lo que desde luego, complejiza la labor Arbitral, pues al decir de connotados Árbitros, "falta de un adecuado sustento en lo que se refiere a exposición clara de argumentos técnicos y legales y, lo más importante, evidencia documentada e idónea de lo que se reclama".

b) Demasiadas veces falta un correcto sustento en lo que se refiere a exposición clara de argumentos técnico-legales y evidencia documentada e idónea de lo que se reclama. Así se contraviene lo que por esencia debe ser el peritaje de parte: una evaluación técnica, independiente, libre de sesgo y con estricto apego al detalle del contrato, de forma de entregar un informe basado en las mejores prácticas internacionales, que sirva de soporte a la interpretación legal.

Corolario: escalar la controversia hasta Arbitraje, obliga a que las pruebas que respaldan el Claim sean sólidas e indestructibles: la práctica común señala que la parte reclamante solicite una "Peritaje de Daños" para sustentar y valorizar los impactos en plazo y costos de su Claim, DEBE ser efectuada por un Perito experto independiente y libre de sesgo.

Claims vs Peritajes

Los procesos "Sustentar Daños" y "Valorizar Daños" en la Cuantificación de Claims y Peritajes, son los mismos: ambos buscan la excusabilidad, compensabilidad, causalidad y los mecanismos para la valorización de los daños: la diferencia radica en que los Peritajes adicionan el proceso de "Absolución a Contra-Peritaje Contradictorio", de aplicación obligada en las epatas de las Demandas Arbitrales.

Existe una relación entre Claims y Peritajes y son dependientes uno del otro: la demanda se basa en un Claim por daños, que la parte cuantificará vía un Peritaje.

Desde el punto de vista de un Ingeniero de Claims, el Claim -en sí mismo-,

envuelve un peritaje, toda vez que se debe determinar a través de ese peritaje, el valor reclamado.

En un Tribunal Arbitral, la compensación económica reclamada por un daño ocasionado producto de incumplimientos contractuales recíprocos, implica que cada parte los valorizará de acuerdo a su convencimiento del origen y cuantía de estos impactos y ello conlleva necesariamente un Peritaje de Parte: el Tribunal Arbitral podrá requerir un Peritaje de Oficio, que le permita definir -con convicción suficiente-, la magnitud de las reclamaciones y las responsabilidades de cada parte, de manera neutral e insesgada.

Los Claims y los Peritajes son un NO commodity, no se enseña en la academia, ni existe un recetario de cómo resolverlos: forman parte integral del proceso de ejecución del Contrato y de las Demandas Arbitrales en la construcción.

Cada Claim o Peritaje de Daños e incluso cada Contrato y Demanda Arbitral, son únicos, singulares y diferentes: la posibilidad que un Claim o un Peritaje sea igual a otro, es casi imposible. Algunos han definido que la probabilidad que un Claim/Peritaje sea igual a otra, es diecinueve factorial ($P=19!$), basado probablemente en los 19 derechos básicos que tiene el contratista para recuperar con éxito daños plazo/costos en Claims/Peritajes de la construcción y como es efectivo que son el producto de un mix de algunos o todos los dichos derechos.

En los Claims, el Ingeniero de Claims, asesora e informa a su cliente: en los Peritajes, el Ingeniero de Claims informa al Tribunal Arbitral.