

Programa Construye 2025

Comité Modernización de Marcos Contractuales

Primer Seminario

Una reflexión sobre las relaciones contractuales en la
edificación

El uso de modelos estandarizados

La experiencia local e internacional

Dante Bacigalupo

Director Ejecutivo de PACTA Estudios y Proyectos

Noviembre 2017

Los proyectos de inversión y sus contratos

Los elementos determinantes de primer orden son:

- a) La claridad de los objetivos del negocio
- b) La definición del proyecto
- c) La preparación del equipo del Dueño

Para el desarrollo del proyecto:

Su objetivo, alcance y sustentabilidad.

En el proyecto se distinguen dos fases, separadas por la decisión de invertir del Dueño:

La fase de gestación o preinversional y la fase de implementación o inversional.

A tener muy en cuenta:

La planificación temprana de la fase preinversional, agrega gran potencial en la creación de valor del proyecto, mientras el costo de la materialización tardía de los cambios crece con el desarrollo del proyecto.

Estrategia de contratación (EC)

La EC define los objetivos y alcances de los diferentes contratos, indicando la modalidad contractual de los principales.

Habrán contratos por Fase (preinversional y de implementación) y por Área física del proyecto, definiendo la matriz de EC.

El análisis especializado indica que el impacto de definir una EC inapropiada, no puede aminorarse con una correcta implementación y gestión de los contratos.

EC (continuación)

Los grandes temas para definir la EC

1. Objetivos y definición del proyecto

El objetivo del proyecto debe ser definido en su estudio preliminar y completado en su Estudio de Pre-Factibilidad.

La EC se define normalmente en el Estudio de Factibilidad.

2. Características del Dueño

Las prioridades c/r al portafolio de sus proyectos

Su capacidad de gestión y experiencia en desarrollo de proyectos.

Tolerancia al riesgo

El financiamiento

EC (cont.)

3. Ingeniería preinversional

Estudio Preliminar o de Planeamiento del proyecto

Estudio de Pre-Factibilidad (varias alternativas). El Gerente del Proyecto parte al inicio del Estudio.

Estudio de Factibilidad. Se realiza la Ingeniería Básica de la alternativa que mejor satisface los objetivos del proyecto.

El Dueño debe encargarse del tema ambiental, social, suelos, etc.

EC (cont.)

4. Gestión de Riesgos

- a) Identificación y evaluación de riesgos (Talleres)
- b) Planificación y definición de controles
- c) Seguimiento y control

Para el éxito de la gestión de riesgos:

Asignar los riesgos a la parte que mejor pueda evaluar, prevenir y controlarlos y que sea capaz de soportar sus consecuencias.

Que los riesgos y sus controles tengan responsables únicos.

EC (cont.)

5. Sustentabilidad del proyecto

El proyecto debe ser sustentable en sus tres variables, social, ambiental y económica.

Los estudios de sustentabilidad deben ser realizados o al menos administrados por el Dueño.

6. Condiciones de mercado.

Afecta a los costos y plazos del proyecto y a su viabilidad económica.

Las Materias Contractuales

a) El contrato y los principios básicos de su formulación.

La etapa precontractual que corresponde normalmente al proceso de licitación, adjudicación y firma de los contratos, es la oportunidad para crear relaciones de confianza entre el Dueño y el contratista, basado en negociaciones de buena fe, que permitan una correcta asignación de riesgos (negociación colaborativa).

Lo contractual (cont.)

b) Las materias reguladas por los contratos.

b1) Alcance del contrato y obligaciones de las partes, es la parte de donde derivan controversias. Evitar las cláusulas residuales.

b2) Aumentos y disminuciones de obras

b3) Necesidad de contar con un mecanismo de resolución temprana de controversias.

c) Modalidades de contratación.

Se definen según la forma de pago y el alcance de los servicios.

Lo contractual (cont.)

d) Contratos transaccionales y contratos relacionales (colaborativos).

Según sea el nexo entre las partes, existen dos naturalezas de contratos; transaccionales y relacionales.

Los primeros corresponden a los contratos tradicionales, con un Dueño o mandante, contraparte del contratista, y los contratos relacionales donde tempranamente se integran las partes, coexistiendo el Ingeniero (Arquitecto) y el Administrador de la construcción y contratista general, al cuál se integra en algún grado el Dueño, dependiendo de cada proyecto.

Lo contractual (cont.)

Integrated Project Delivery (IPD) – Contrato colaborativo (Partnering contract).

Definición de AIA California Council (2006):

IPD es un enfoque de gestión de proyectos que integra personas y prácticas en un proceso que aprovecha los talentos y puntos de vista de todos los participantes para optimizar los resultados del proyecto, aumentando el valor por el propietario, reduciendo el gasto excesivo de recursos y maximizando la eficiencia a través de todas las fases del diseño, fabricación y construcción.

Lo contractual (cont.)

En la costa oeste de USA (año 2005) se construyeron exitosamente una serie de hospitales, formando parte de un solo proyecto (Sutter Health) de un presupuesto de MMUS\$ 6.500, con contrato IPD, preparado por Will Lichtig.

En UK el Terminal T5 del aeropuerto de Heathrow se realizó con esta tipología de contrato. En este caso no solo se incorporaron los constructores en la fase de diseño, si no también los proveedores.

Existe una larga lista de países (incluyendo latinoamericanos) donde se promueve el Lean Construction y los contratos IPD.

Lo contractual (cont.)

e) Temas a considerar para la selección de la modalidad contractual

Calidad, completitud y certeza de la información disponible (lo más importante).

Riesgos del contrato y su asignación entre las partes.

Plazos disponibles.

Monto de la Inversión.

Grado de participación del Dueño

Alcance de los servicios

Lo contractual (cont.)

f) Financiamiento

Las opciones de financiamiento condicionan la modalidad de contratación.

Desde el riesgo por el Dueño (100%) al riesgo total por los acreedores, se suma el Project Finance con algún aporte del Dueño.

Lo contractual (cont.)

g) Solución de controversias.

Entre las alternativas de solución de carácter “voluntaria y no vinculante”, se distinguen:

g1) Paneles de resolución (independientes) que operan desde el inicio del contrato y en forma periódica (Dispute Boards).

Hay una clara conveniencia que operen desde la reunión de partida.

g2) Con la participación de ejecutivos de las partes, que negocian, actúan y resuelven, también en etapas tempranas del conflicto.

Nota: vale la pena destacar la forma como los DBs se enfocan en la prevención del conflicto y no en su atención (preparación de reclamos y estrategias para la “guerra”).

Implementación de la EC

El Dueño ya definió la EC y tiene el proyecto aprobado y financiado.

a) Proceso de selección de contratistas (licitación).

La administración del periodo de licitación por el Dueño es clave para tener una propuesta del proponente sin errores y un futuro contrato sin controversias.

Se recomienda que los documentos contractuales sean hechos por terceros especialistas e independientes de las partes, a saber:

FIDIC – Federación Internacional de Ingenieros Consultores que son ampliamente usados en USA y Europa y aceptados por los Bancos Multilaterales de Desarrollo.

Implementación EC (cont.)

FIDIC propone una serie de contratos dependiendo del servicio que debe cubrir, por ejemplo: Libro Rojo (construcción de obras civiles, Libro Anarillo (fabricación y montaje de obras industriales), Libro Plata (contratos EPC – Llave en mano), Libro Verde (contratos de obras menores de 10 millones de dólares), etc.

ICE – Institute of Civil Engineers de UK ofrece el New Engineering Construction Contract (NEC) en versión 3 del 2005, usado en los últimos años en países como Sudáfrica, Dubai, Australia, Hong Kong, New Zealand, con ejemplares para todo tipo de contratos.

Implementación EC (cont.)

NSPE (National Society of Professional Engineers) y el CMAA (Construction Management Association of America) ambos de USA.

Existiendo estas instituciones especialistas, el contrato no debe ser impuesto por el Dueño, debiendo primar el principio de equidad.

b) Preparación de la propuesta, evaluación y adjudicación.

Normalmente el Dueño comete errores muy graves en la fase de licitación, aparte de la inequidad de las Bases y borradores contractuales, que impactan fuertemente al contrato, tanto en la preparación de la propuesta, como en su evaluación.

Finalmente la gestión de los contratos del proyecto.

Conclusiones (son malas y hace 15 años se está trabajando)

1. El equipo de proyecto del Dueño carece de la información y de las competencias que le permita definir una EC en buena forma con el consecuente impacto en el proyecto.
2. La gestión de los contratos resultantes de la implementación de la EC, es precaria por ambas partes.
3. El análisis y gestión de riesgos del proyecto (contrato) es insuficiente.
4. La productividad de la construcción en Chile aún dista bastante de los países desarrollados. Por otra parte, la sustentabilidad de los proyectos ha alcanzado una importante complejidad por fallas en las políticas públicas, y por los mismos inversionistas y stakeholders, que han llevado a judicializar su aprobación.

Recomendaciones

1. Respondiendo a la consulta que se hace en esta sección del Seminario, se indica que el uso de modelos estandarizados en el país es prácticamente inexistente. Debe sensibilizarse al Dueño respecto de los cambios necesarios a la documentación contractual.

Se recomienda el uso de contratos FIDIC que cubren una amplia variedad de modelos contractuales para los diferentes tipos de contratos y proyectos. El último congreso FIDIC se realizó en Lima, siendo la primera vez que se hace en Latinoamérica. Todo lo anterior respecto a contratos transaccionales.

Recomendaciones (cont.)

Respecto a la consulta de preparar contratos específicos a cada proyecto, no hay problema en caso de necesidad porque cada uno de los contratos tipo, tienen un Anexo con la mejor forma de adecuarlos a algo especial. Lo importante es no “desarmar” el contrato tipo ad-hoc, si no siguiendo las indicaciones del Anexo.

2. Difundir en la industria y sus ejecutivos y profesionales, los aspectos legales y de responsabilidad asociados a los diferentes tipos de contratos.

3. Definir en los contratos mecanismos de solución temprana de controversias que actúen desde la partida. Al adoptar la serie de contratos FIDIC se puede usar el Reglamento de ICC para los Dispute Boards. Cabe señalar que el CAM y el IICCh ofrecen este tipo de servicio.

Recomendaciones (cont.)

4. Específicamente sobre el uso de IPD – Integrated Project Delivery en Chile, en el Sector Público.

La situación sobre gestión de proyectos y sus contratos nos define como urgente usar la documentación especializada, existente en el exterior, para resolver los serios problemas de productividad y sustentabilidad que tenemos, por la deficiente gestión de los proyectos, ya indicada.

Para las relaciones contractuales en edificación (viviendas y oficinas) y sólo para esta parte del Sector, se recomienda continuar con lo realizado por la CDT, a lo que ahora se agregaría CORFO. Lo anterior puesto que Lean Thinking es una metodología que tiene su inicio en TOYOTA, algo similar al edificio de oficinas y vivienda, además de condominios y poblaciones.

Deberá revisarse los cambios legales que esto significa.

Recomendaciones (cont.)

5. Mejorar la capacidad para solucionar conflictos en forma negociada (mejora la gestión).

6. Continuar con la capacitación en gestión de proyectos en la industria y ejecutivos de empresas inversionistas.

7. Hacer estudios ex-post con anotación de lecciones aprendidas por proyecto.