



Comunidad Latinoamericana
de Peritos en Construcción

ART. 9: CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN, TRAS UN AÑO DE PANDEMIA: UNA MIRADA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS CLAIMS Y PERITAJES



Antonio Iribarren

Presidente de la Comunidad Latinoamericana Peritos en Construcción

Copyright 2020 COMUNIDAD LATINOAMERICANA DE PERITOS EN CONSTRUCCIÓN



www.clapec.org

Un nuevo panorama se presenta en el mundo, por la presencia de la propagación del Covid-19, que ha generado una nueva forma de convivencia: los contratos de construcción no ha sido la excepción a las transformaciones, surgiendo conflictos que han repercutido los nuevos comportamientos de las partes, que interrumpe un normal desenvolvimiento de un contrato de construcción.

Existe el consenso general de que prácticamente era imposible estar preparados para enfrentar la pandemia que nos afecta y por ende, frente a las muchas y variadas opciones a estudiar para decidir el camino a seguir frente a los impactos de la pandemia -Fuerza Mayor, Suspensión de Contrato, Cambio de Ley (como han esgrimido algunos actores) o algún mix de alguna cláusula aplicable al contrato-, fue y está siendo de mucha importancia.

Cualquiera que haya sido esa decisión (principalmente legal), lo insoslayable en cualquier país e incluso jurisdicción, inevitablemente deberá realizarse una robusta Cuantificación de los Daños para sustentar las desviaciones excusables/compensables del contratos, que en mi opinión como Perito, es y será clave para el éxito de la Negociación/Demanda.

Un hito diferenciador, es la detención de los trabajos (obligada o autoimpuesta) producto de la crisis sanitaria y la declaración de pandemia por la OMS, con los consecuentes estados de emergencia/aislamiento social obligatorio/cuarentena, que impactaron la continuidad de las obras públicas y privadas a nivel nacional en varios países y por supuesto, marcaron un hito en los contratos de construcción en ejecución (hasta antes de la declaración de pandemia por la OMS, no se podía aducir Fuerza Mayor).

Desde la perspectiva Claims, la Fuerza Mayor NO resultó ser la "salida" para

todo, pues la Fuerza Mayor otorga al Contratista, solo el carácter de excusable el período de paralización de las actividades afectadas por la pandemia, es decir, el Mandante reconoce sólo la extensión de plazo (cada uno asume sus costos).

La Suspensión de Contrato (directriz del Mandante que el trabajo se detiene, en una parte o en la totalidad del contrato), resultó ser una mejor y más recurrida "salida", pues además de excusable, otorga al Contratista el "derecho" a compensar los daños costos/plazo debidamente sustentados.

Los problemas contractuales que enfrentaron (y aun enfrentan) las empresas relacionadas a la industria de la construcción por no cumplir programa convenido frente a la pandemia, son obviamente los consabidos impactos económicos que ha significado para las partes: todo el tiempo de paralización de las actividades, impactó la Ruta Crítica de los cronogramas de los contratos y eso implica daños costos/plazo.

Conozco el caso de algunos Contratistas a los que, habiéndoles aplicado Fuerza Mayor, optaron por poner término anticipado a sus contratos de obra y claramente (aunque muchos no lo ven así), eso también impacta al Mandante.

En mi conocimiento, dentro de Latinoamérica, Perú logró abordar de mejor manera todos los problemas de incumplimiento de plazo de programas de construcción, cobro de gastos generales y multas frente al escenario de esta pandemia. Desde la perspectiva Estado, emitió un DL (el 1486) reglamentado por una Directiva (la 005-2020-OSCE-CD) que otorgó carácter de Suspensión de Contrato (no Fuerza Mayor) a todos sus contratistas que estuvieron obligados a la paralización de sus actividades instruidos por el Estado de Emergencia.

El aprendizaje por el escenario de incertidumbre que generó esta pandemia, no radica en un tema solo contractual, pues es posible mejorar la forma de construir y relacionarse entre todas las partes y pese a que mi experticia está mayormente en los Peritajes, he constatado con satisfacción, que cuando en los actores prevaleció un actuar comprometido con la otra parte (de manera colaborativa, no confrontacional), existió menor conflictividad y se logró resolver de mejor manera la situación producto de la pandemia, lo que no significa que producto de la teoría de conflictos, querámoslo o no, están existiendo mayores arbitrajes/juicios.

Sin embargo, no somos pocos a quienes no nos ha sido indiferente, que ha prevalecido una serie de “recomendaciones contractuales”, “reflexiones”, “alertas” e incluso consejos para enfrentar esta pandemia, obviando lo que a mi modo de ver, es clave: analizar las desviaciones en cada caso particular, de acuerdo a su propia realidad.

También hemos notado que las partes en los contratos de los proyectos de construcción:

- Siguen defendiendo sus intereses, haciendo lo suyo: minimizando sus costos y maximizando sus beneficios (un poco de productividad pura, hacer más con menos, manteniendo la calidad, reduciendo tiempos muertos, reprocesos, etc.).
- Persisten en la dificultad para lograr un clima de colaboración y complemento, que se complica cuando alguna de las partes interprete -bien o mal- que el otro lo está pasando a llevar en sus derechos y obligaciones contractuales, al no reconocer mayores obras, o cambios del alcance del trabajo, o cambios de las condiciones del trabajo, o atraso en la entrega de los aportes, etc.
- Manifiestan incipientemente, una tendencia positiva hacia los contratos colaborativos, entendidos como “aquel en el cual se incorporan procesos posibles de ser regulados entre las partes, para que ocurra la colaboración de manera reglada, inducida, no solo de manera espontánea y con diferentes grados de contribución”.
- Aprenden aspectos positivos de la pandemia, que a largo plazo representarán mejoras dentro del sector construcción, como por ejemplo:
 - o una obligación a profundizar la Planificación de tareas mejor y más detallada,
 - o más espacio, menos personas y menos superposición de oficios en el lugar de trabajo mejora la cuadrilla/tarea productividad (mayor distanciamiento obliga a mejor control de secuencia de rotación de cuadrillas entra/otra sale,
 - o mejor planificación por parte de los trabajadores, p. Ej. preparación de lugares de trabajo con respecto a herramientas y materiales,
 - o menos personas “merodeando”, esperando para comenzar a trabajar/tareas,
 - o flujo de trabajadores más optimizado, producto que los trabajadores escalonan sus horas de inicio,
 - o personas que conversan menos (debido al distanciamiento, pasarelas de un solo sentido, etc.),
 - o uso de Tecnología y
 - o mejoras en la Documentación de las obras.

En resumen y en mi opinión, la situación actual del sector construcción, es que los países Latinoamericanos siguen atravesando diversos obstáculos en relación con el Covid-19 y sus implicancias en diversos ámbitos.