
“CLAIMS IN CONSTRUCTION” Y LA GESTIÓN CONTRACTUAL. EL DILEMA ENTRE PERDER MERCADO O PERDER DINERO.

¿Hasta dónde llegar?

Carlos Mario Betancur González

Ingeniero Civil, Universidad Nacional, 1993

Especialista en Gerencia de Proyectos, EAFIT 2009

MBA, EAFIT 2016

“El contrato es ley para las partes”, me decía un connotado abogado que asesoraba prestantes compañías que aún hoy ejecutan contratos de construcción de obra pública y privada en Colombia. También lo establece el código civil colombiano en su artículo 1602. La definición de ley según la RAE es la siguiente: “*Estatuto o condición establecida para un acto particular*”. A su vez, la palabra estatuto allí se define como: “*Ordenamiento eficaz para obligar; p. ej., un contrato, una disposición testamentaria, etc.*”. Acordemos entonces, que no es necesario ser abogado para comprender con total claridad que un contrato obliga a todos sus firmantes sin excepción alguna. No obliga solo a uno de ellos, a menos que se trate de un contrato unilateral, el cual no sería aplicable en los contratos de construcción de obra civil pública, ni privada.

Los participantes del sector de la construcción saben perfectamente que su actividad implica un alto riesgo, pues su nivel de incertidumbre es bastante elevado en algunos factores tales como la capacidad o las características del subsuelo, los aspectos climáticos y ambientales, la calidad de los diseños de las obras que se construyen, la prospección arqueológica, las licencias y permisos ambientales, la estimación de las cantidades de las actividades a ejecutar y su duración, la actitud frente al proyecto de comunidades que habitan en su zona de influencia, etc. por nombrar algunas de las más relevantes. El lector comprenderá que no solo resulta altamente complejo plasmar en la minuta de un contrato y en los demás documentos que lo componen absolutamente todo el detalle de un proyecto constructivo, además de ello, quien elabora que por lo general es el contratante, por acción u omisión dejará algunos cabos sueltos en los documentos que regirán la relación entre contratante y contratista. Ni que decir de lo inane que resultará el esfuerzo del contratista en tratar de equilibrar el contrato que por general es elaborado favoreciendo principalmente los intereses del contratante. Tan común y obvia es a nivel global una reclamación en la industria de la construcción que en el anexo A1 de la CONSTRUCTION EXTENSION TO THE PMBOK GUIDE [1], PMI® propone a toda su comunidad un proceso de **GESTIÓN DE LAS RECLAMACIONES** exclusivo para los proyectos de construcción, que contrario a lo que podría pensarse busca evitar las instancias legales en procesos de

reclamación y propende por la conciliación temprana de las diferencias emanadas del contrato de construcción.

Con el contexto de la relación contractual en la construcción hasta aquí señalado, es necesario preguntarnos entonces ¿Cuáles son las razones por las que tantos contratos de construcción de obra pública y privada terminan en largos y agotadores procesos judiciales que en muchos casos no ofrecen justicia a las partes involucradas y cómo podemos evitar a toda costa tener que llegar a esa instancia tan definitiva, como inconveniente para los proyectos?.

La respuesta a la primera parte de la anterior pregunta no pertenece al alcance de este escrito, tal vez sea tema de un futuro documento. El enfoque principal de esta reflexión está en tratar de proporcionar herramientas e iniciativas a las empresas tanto contratantes como contratistas para que las diferencias emanadas del contrato (entiéndase reclamaciones) sean solucionadas de la mejor manera posible para ambos, para el proyecto y para sus usuarios o clientes; eso sí, a través de procesos formales de gestión de reclamaciones y de gestión contractual. Cuyos entregables y resultados serán pieza fundamental para la posterior etapa jurídica a la que se llegaría en caso de no hallar soluciones idóneas para las partes.

En los países del llamado primer mundo existe un profundo respeto por las estipulaciones de los contratos celebrados entre las partes, esto es normal y parte de su cultura. Es por esto por lo que allí, los procesos de reclamación entre cliente y proveedor son tan comunes y no generan ningún tipo de aversión. La situación en Colombia es “un poco” diferente, empezando porque quien reclama es visto con recelo y tal vez como un oportunista, quizá también por la vieja cultura colombiana de elaborar ofertas con precios artificialmente bajos para ganar contratos y luego tratar de “arreglar las cargas en el camino”. El espíritu de la gestión de las reclamaciones en contratos de construcción y el de la gestión contractual no es, ni podrá ser nunca el de “sacar tajada” o “arreglar las cargas en el camino” de **contratos y ofertas** confeccionados de mala fe, tanto por unos como por otros. Rotundamente, no. Lo que se busca con ambos procesos es garantizar que el proyecto se ejecute con apego al contrato y sobre todo a las leyes y normas que lo rigen, se desarrolle sin sobresaltos y garantizando de una manera

“CLAIMS IN CONSTRUCTION” (RECLAMOS EN PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN) Y LA GESTIÓN CONTRACTUAL. EL DILEMA ENTRE PERDER MERCADO O PERDER DINERO. ¿HASTA DONDE LLEGAR?

proactiva los derechos y los beneficios de las partes, tanto como el cumplimiento de sus obligaciones. No se entiende la perversa tendencia y el desmedido afán de muchos contratantes, interventores y supervisores de querer evitar a toda costa que el ejecutor de su proyecto obtenga el esperado lucro legal, además merecido, por la prestación de su servicio; tampoco la de algunos contratistas faltos de ética que quieren maximizar su utilidad a costa de la calidad del proyecto a su cargo o quizá de su total completitud (cualidad de completo). Así las cosas y con pleno entendimiento sobre lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que la **adecuada gestión contractual** y la **adecuada gestión de las reclamaciones** maximizan la probabilidad de éxito de la futura y eventual **RECLAMACIÓN**; ambos procesos aplicables en doble vía, tanto para contratante como para contratista. El **proceso de reclamación** se activa cuando desde el **proceso de gestión contractual** se detectan de manera anticipada probables desviaciones entre lo estipulado en las normas y en el contrato, frente al desarrollo real del proyecto. La **RECLAMACIÓN** se activa cuando no hay acuerdos entre las partes sobre la disputa contractual. Según PMI® “cuando un comprador y un vendedor no logran alcanzar un acuerdo sobre una compensación o no están de acuerdo en que ha ocurrido un cambio en el alcance del contrato, resulta una disputa contractual, la cual puede generar impactos negativos tanto en el contrato como en la relación entre las partes” [2].

¿Qué es entonces la Gestión Contractual y cuáles son las implicaciones de este proceso?

Existen numerosas definiciones de lo que es un proceso de Gestión Contractual, las cuales podríamos resumir en la siguiente expresión: **Planeación, ejecución y supervisión de todas las actividades requeridas para que se garantice en la práctica lo pactado y la realización de los ajustes necesarios con miras a evitar conflictos durante la relación contractual y así lograr con eficiencia el objeto del contrato**. Cuando el eventual conflicto que surja no pueda resolverse con las herramientas que dan todos los documentos que forman el contrato y las normas vigentes y no existiendo voluntad de las partes en su solución, se activa entonces LA **RECLAMACIÓN**, la cual es ella misma una **SALIDA** del proceso de **gestión de la reclamación**, proceso concomitante con el de la **gestión contractual**. Es prudente aclarar al lector el hecho de que aunque exista un proceso de gestión de reclamaciones formalmente establecido en la organización, esto no implica necesariamente que una reclamación se vaya a presentar de manera formal; pues se trata precisamente de un proceso de carácter preventivo para evitar una parálisis en la ejecución de los proyectos y

para asegurar que este se complete satisfactoriamente sin tener que llegar a instancias judiciales y sin perjuicio de ninguna de las partes. Las ofertas con errores de fondo en su preparación por parte de los oferentes y los yerros de los contratantes en la estructuración de los contratos no son subsanables con un proceso de gestión contractual, es obvio que cada uno debe asumir los riesgos propios de su actividad. No se trata entonces de favorecer a quien se equivoque, se trata de dar a cada parte lo que le corresponde de acuerdo con lo pactado y con apego a las normas. De regreso al acápite de este párrafo la **gestión contractual** implica entonces la implementación de un proceso organizacional formal conectado con los procesos de la gerencia de proyectos y con los de la operación, lo que a su vez requiere de la recolección sistemática y el análisis permanente de información, el concurso de personas expertas en los temas legales, técnicos y de gerencia del proyecto objeto de la gestión contractual y la aplicación de prácticas y técnicas de gestión contractual adoptadas por la organización, según cada caso. En conclusión es un proceso que consume recursos importantes para la organización cuyo retorno no es percibido de inmediato, lo cual desestimula en muchos casos su implementación pero que en el mediano plazo garantizará al empresario la eficiencia en la administración de los contratos que celebre su empresa, minimizando los riesgos de pérdidas económicas y de reputación.

Algunas actitudes de los empresarios colombianos y sus implicaciones, frente a la gestión de las reclamaciones.

A lo largo de mi trayectoria profesional en proyectos de construcción he visto pocas empresas de este sector con procesos organizacionales formales (es decir, incrustados en su estructura organizacional) de gestión de reclamaciones. Los líderes de muchas de estas organizaciones consideran equivocadamente, que solo cuando se presente alguna disputa contractual es el momento en el que deben entrar en escena los abogados y demás profesionales a elaborar la reclamación; es decir no se previenen potenciales disputas contractuales. También he encontrado otras empresas que aun sabiendo que tienen derecho a reclamar a su cliente (léase entidad contratante) no lo hacen por temor a las represalias que este tomaría en el futuro en contra de la empresa contratista que reclama. Otras tantas organizaciones no reclaman por la creencia de que la pérdida, que se supone es el objeto de la reclamación, será recuperada o “compensada” en otro momento del contrato o tal vez en futuros contratos en los que seguramente “nos darán el desquite”. Tristemente también se deja de reclamar ante la realidad de no haber construido

“CLAIMS IN CONSTRUCTION” (RECLAMOS EN PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN) Y LA GESTIÓN CONTRACTUAL. EL DILEMA ENTRE PERDER MERCADO O PERDER DINERO. ¿HASTA DONDE LLEGAR?

juiciosa y sistemáticamente la evidencia que sustentaría la reclamación desde el momento en que se detecta su origen o desde que se previó y se advirtió al cliente de su probable ocurrencia.

Por el lado de las entidades contratantes (públicas y privadas) la actitud frente a los procesos de reclamación es similar. A pesar de que en los contratos existen cláusulas y disposiciones que advierten sobre el manejo en la resolución de controversias surgidas entre las partes, la mayoría de los funcionarios de las empresas contratantes se indignan en grado sumo ante la mínima intención de reclamar por parte del contratista (bueno, reacción que es entendible si una conciliación entre un contratista y su entidad contratante representa una oportunidad de oro para que los entes de control justifiquen su pesada e ineficaz existencia, fustigando sin evidencias objetivas **en muchos casos** a funcionarios públicos y contratistas). Existen numerosas tácticas para que un contratista haga un rápido balance y no presente sus reclamaciones (hablo de las que son justas y están evidenciadas), casi todas ruines o mejor dicho todas ruines. Que tal la de “hagámonos pasito” la más común de todas, o la amenaza permanente de no volver a invitarlo a presentar futuras ofertas, o el veto en el mercado de los demás clientes o la de dilatarle los trámites y pagos al contratista hasta que por desespero y cansancio, este desista de su reclamo. Es entendible, aunque no justificable, la aversión que los funcionarios de las entidades contratantes sienten frente a los procesos de reclamación, pues se ponen en evidencia sus fallas en las etapas de estructuración, evaluación y formulación de los proyectos, las cuales digamos las cosas como son, en muchos casos no se hacen o carecen de rigor técnico. Lo que no se entiende ni tiene justificación alguna, son la intimidación y el constreñimiento al contratista para que no reclame lo que es justo.

El dilema del contratista entre perder un cliente o perder dinero. ¿Hasta dónde llegar?.

Es importante que las empresas que ejecutan proyectos de construcción (contratantes y contratistas) conozcan con claridad los riesgos propios de la industria y los de cada proyecto a ejecutar, para que con base en ese conocimiento se puedan adelantar las acciones preventivas que permitan tratar adecuadamente estos riesgos identificados, la prevención de las reclamaciones debe ser una prioridad. La gestión contractual y el proceso formal de reclamaciones surgen como las acciones preventivas, por excelencia, como respuesta a los riesgos de disputas contractuales. ¿Por qué no usarlas?. La implementación y el fortalecimiento de ambos procesos dentro de la estructura organizacional le irán dando las herramientas necesarias al empresario para

afrontar sin temor las intimidaciones que pueda recibir de parte de su interlocutor y a las empresas contratantes (públicas y privadas) los mecanismos idóneos para cuidar los recursos del erario público en el caso de las primeras y de los presupuestos asignados en el caso de las segundas, así como la calidad de los proyectos. Claro que hay que reclamar ante una disputa contractual, sea cual sea su origen e independiente de quien sea el contratante y de los apellidos del contratista; pero antes, debe ser recorrido el camino que traza la gestión contractual antes de llegar a estas instancias tan definitivas. No es un oportunista un contratista que reclama, como tampoco es un abuso de poder un reclamo desde la entidad contratante; precisamente la adecuada gestión contractual y la efectiva gestión de las reclamaciones contribuirán de manera eficaz a evitar que cada vez más aquellos que pretenden obtener ganancias indebidas y aquellos que gustan y disfrutan de “quebrar contratistas” lo sigan haciendo. En el caso de los **contratistas** es preferible reclamar en debida forma y tal vez perder un cliente que tirar por la borda el esfuerzo de construir su empresa, por la orilla de la **empresa / entidad contratante** es hora de poner en cintura a los contratistas mediocres que solo quieren percibir ganancias a como de lugar y dejan en último lugar la calidad y la funcionalidad del proyecto que les fue encomendado. Afortunadamente en Colombia de estos últimos ya quedan muy pocos.

Para esto hay que capacitar y formar en gerencia de proyectos, en la gestión contractual y en procesos de reclamación a los profesionales que participan en la planeación, preparación y formulación de proyectos, así como a los responsables de su ejecución. Hay que dotar la organización de los procesos y de las herramientas que permitan iniciar una gestión contractual desde el momento mismo de la adjudicación del contrato de construcción y que para el eventual momento de decidir una reclamación formal esta esté ya plenamente documentada, demostrada y evidenciada. No es fácil, pero hay que hacerlo. Estoy seguro que en la medida en que cada vez más y más empresas y entidades entiendan la necesidad de implementar y fortalecer estos procesos y así lo hagan, vamos a tener cada vez más proyectos: mejor planeados, mejor estructurados, mejor diseñados, mejor licitados y por ende: mejor ejecutados.

REFERENCIAS

[1] Project Management Institute. CONSTRUCTION EXTENSION TO THE PMBOK GUIDE. PMI®. 2016. Pg. 167
[2] Project Management Institute. CONSTRUCTION EXTENSION TO THE PMBOK GUIDE. PMI®. 2016. Pg. 168