

Contratos de grandes obras

(Temas de reflexión)

Pág. 1-15

Luis Bilbao A.

Abogado Asesoría Jurídica, ENDESA. Santa Rosa 76, Santiago, Chile.

Mario Campero Q.

Ingeniero Civil de le. herencia de Obras, ENDESA, Santa Rosa 76, Santiago, Chile.

Daurópedis García de la Pastora C.

Ingeniero Civil de la Gerencia de Obras, ENDESA, Santa Rosa 76, Santiago, Chile.

RESUMEN: el artículo tiene por objeto invitar a un intercambio de experiencias y opiniones sobre aquellos aspectos de los contratos de construcción de grandes obras que son proclives a generar desacuerdos entre las partes. Su desarrollo se inicia con la cuantificación de la inversión en el área eléctrica de América Latina para los próximos años, la que en su mayor parte deberá manejarse por medio de contratos de obra. En seguida se refiere a las características de los contratos, identificando dos áreas muy delicadas en las relaciones contractuales: los imprevistos y las interpretaciones dispares. Cuando analiza este segundo aspecto, se pregunta si las entidades gremiales o profesionales chilenas no podrían estudiar un modelo de contrato cuyo uso generalizado ayude a una interpretación común. Los capítulos siguientes analizan los medios para resolver las diferencias: y los documentos que garantizan el fiel cumplimiento del Contrato, finalizando con una lista de temas sugeridos para un intercambio de experiencias entre los profesionales del ramo. Entre estos temas se destacan: nuevos tipos de contrato (presupuesto meta); distribución del riesgo; tipos de arbitrajes y fórmulas de reajuste.

I. INTRODUCCION

Al plantearnos este tema nos ha parecido conveniente centrarlo en los contratos de construcción de obras eléctricas -por tener mayor experiencia en ellos-, y en la consideración de los aspectos que la administración de los mismos señala como particularmente vulnerables.

Y si hemos tomado esa decisión ha sido principalmente -preciso es confesarlo-, movidos por el deseo de conocer la opinión de los lectores de esta revista con experiencia en contratos de otras áreas del complejo campo de la construcción, donde el intercambio de experiencias constituye, a nuestro juicio, un imperativo ineludible.

II. IMPORTANCIA ECONOMICA DE LA INVERSION EN EJ. AREA ELECTRICA

De acuerdo con un trabajo de la CEPAL publicado por las Naciones Unidas en Junio de 1983 (1), la potencia instalada de servicio público en América Latina, ascendía en 1979 a 72.107 MW, de los que el 60% era de origen hidráulico.

Según la misma fuente, en el periodo 1979-1990, la potencia total llegará a 201.153 MW (65% de origen hidráulico) y el año 2.000 a 467.677 MW (70% de origen hidráulico). Esto es: aumentará en 395.570 MW. Este

estudio fue realizado cuando aún no se preveía la magnitud de la recesión mundial de los últimos años y cabe agregar que la CEPAL consideraba conservadoras estas estimaciones, pues suponían la adopción de índices de crecimiento, en períodos de 10 años, relativamente bajos (2,5 a 2 veces para las potencias de origen hidráulico y térmico, respectivamente).

A su vez, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, BIKF, más conocido como el Banco Mundial (2), al calcular las inversiones de energía eléctrica, 1981-90 en los países en desarrollo, estima el costo unitario del KW en US\$ 1.730, el de las centrales hidroeléctricas y en US\$ 1.160, el de las térmicas, lo que permite cifrar la inversión en energía eléctrica en los 500 mil millones de dólares, en el período 1979-2000, para los 10 países de Sud América.

Ahora bien, por mucho que se cuestione la exactitud de esas previsiones, queda ciertamente en pie el orden de magnitud de las cifras y por lo tanto la importancia que reviste la administración adecuada de la inversión en el sector y el establecimiento del marco contractual apropiado para regular las relaciones con los contratistas que, en gran medida, han de llevar a cabo la construcción de las grandes obras eléctricas en los próximos años, máxime si se tiene presente que, aproximadamente, 2/3 de aquella inversión se administrarán por medio de contratos.

III. NATURALEZA CONFLICTIVA DEL NEGOCIO

Con razón, un autor estadounidense (3), después de expresar que quizá sea la característica más importante de la construcción el ser un arte y no una ciencia, agrega, como segunda y tan importante característica como la primera, "que la industria de la construcción es uno de los mayores sectores generadores de dólares de la economía americana y, en realidad, de la economía mundial".

Por otra parte, si es efectivo que la construcción es un arte y no una ciencia, el tema objeto de estas líneas plantea inquietudes en un plano complejo que no es posible simplificar o reducir a términos cuantitativos y, por lo tanto, exige una actitud abierta a la apreciación y valoración de variados factores y motivaciones culturales y de diversa índole, que escapan del marco físico de las obras y de su vertiente propiamente técnica.

Pero, sin entrar a fondo en este campo, cabría señalar, además de las dos características referidas: que la tarea de construir no es de naturaleza repetitiva y que cada trabajo de construcción es único; que el constructor se mueve de uno a otro lugar de trabajo y cada lugar se caracteriza por diferentes condiciones físicas, diferentes códigos y leyes de construcción, distintos inspectores, ingenieros, sindicatos y trabajadores ... y que el ingeniero, la institución financiadora, los proveedores de materiales, los materiales, los agentes gremiales y los empresariales difieren de lugar a lugar, todo lo cual crea condiciones potenciales de discrepancias.

Tan es así que el número de litigios en la industria de la construcción parece desproporcionado en comparación con los que surgen de otras actividades comerciales tales como la banca, hotelería, industria alimenticia, comercialización o transporte (4).

De otro lado, la complejidad del proyecto es tal que si, como dice un autor (5), "cualquier construcción, incluso la más insignificante, una vez terminada discrepa del proyecto en que fue diseñada", con tanta mayor razón deberá discrepar del original cualquier obra de generación de energía eléctrica a la que nunca, ciertamente, se podrá calificar de "insignificante".

IV. LA ANTIGÜEDAD DEL PROBLEMA Y SU VIGENCIA ACTUAL

Hasta aquí hemos esbozado un panorama que deja de manifiesto la complejidad de un tema, que por su naturaleza, es fuente de conflictos.

Y esto no es nuevo, sino, por el contrario, tan antiguo que el profesor de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid y doctor en Derecho por la de Bolonia, Carlos Rogel Vide, en las primeras páginas de su obra "La compraventa de costa futura" - y el contrato de construcción lo es según muchos tratadistas transcribe, tal vez a modo de advertencia, una página que se lee en la "Vida de Solón", escrita por Plutarco. Dice así:

"Se cuenta que, habiendo lanzado al mar sus redes algunos de Cos, unos extranjeros originarios de Mileto les compraron la pesca antes de que ésta pudiera verse; más apareció dentro de la red un trípode de oro que, según dicen, arrojó allí Helena, cuando venía de Troya, en recuerdo de un antiguo oráculo. Se entabló al principio disputa entre los extranjeros y los pescadores a causa del trípode; luego, sus ciudades, tomando sobre sí la querrela, llegaron hasta la guerra; mandó entonces a unos y a otros la Pitia que entregaran el trípode al más sabio. Y primero fue enviado a Tales de Mileto, de suerte que los de Cos ofrecieron gustosamente a un particular aquello por lo cual habían hecho la guerra contra todos los milesios juntos. Tales, sin embargo, declaró que Bias era más sabio que él y se lo mandó a éste; éste, a su vez, lo envió a otro, a quien tenía por más sabio. Luego, después de ir de un lado para otro enviado de esa manera, llegó por segunda vez a manos de Tales y, por último, fue llevado de Mileto a Tebas y consagrado a Apolo Ismenio. Teofrasto, en cambio, dice que primero se envió el trípode a la ciudad de Priene, a Bias, luego Bias lo mandó a Mileto, y que, después de pasar así por todos, volvió de nuevo a Bias y fue enviado, por último a Delfos".

Es el caso que una circunstancia imprevista que surge de un simple lance de pesca, viene a anticipar hace ya más de 2.500 años, uno de los problemas que aún no resolvemos satisfactoriamente en nuestros días cuando quiera que contratamos la construcción de una obra de construcción ciertamente sujeta a mayores contingencias.

V. TIPOS DE CONTRATO

A pesar de la antigüedad del problema y de su actual vigencia, subsisten básicamente tres de los tipos clásicos conocidos:

- el contrato a suma alzada o a precio único prefijado (en el que cabe la posibilidad de ajustes absolutos o relativos);
- el contrato por unidad de medida, con algunas variantes en razón de las cantidades de obra, como el conocido por "Serie de Precios", y
- el contrato por administración.

Sin embargo, manteniendo los rasgos fundamentales de cada uno de estos tipos, se ha tratado de resolver ciertos aspectos en la medida que han ido apareciendo nuevas fuentes de discrepancias. Mientras los niveles de inflación fueron bajos, la suma alzada, los precios unitarios y globales y los honorarios de administración pactados en sumas globales, permanecieron fijos. La variación del poder adquisitivo del dinero era un riesgo del contratista que lo aceptó mientras no sobrepasó su previsión. En la medida que la inflación fue en aumento, se hizo más

difícil para los proponentes cotizar sus precios en términos competitivos, dejándoles la incertidumbre de que el sobreprecio de cobertura estimado fuera excesivo o insuficiente.

Los dueños, por su parte, estimaron posible que el aumento de los precios por este concepto fuera superior al necesario y encareciera injustificadamente las obras. Por esta razón se idearon las fórmulas de reajuste de precios con el objeto de medir en mejor forma la real evolución de la inflación que afectaba a la obra. Se reducía así este riesgo del contratista y el dueño pagaba precios más justos. En esta forma se pactaron sumas alzas, precios unitarios y globales y honorarios de administración globales.

Otro aspecto que se ha tratado de mejorar es el relativo a la distribución de riesgos tendiéndose a una distribución más razonable y a la postre más beneficiosa de los mismos y a reducir los de responsabilidad del contratista por razones similares a las que aconsejaron pactar precios reajustables. En general se trata de que el contratista, sea responsable de aquellos riesgos propios del proceso mismo de construcción como productividad, eficiencia, aprovechamiento de recursos, administración técnica, financiera y de personal, planificación, etc. y que son los que por conocer mejor, puede precaver eficientemente y estimar con mayor precisión. Los riesgos de difícil evaluación para el contratista se comparten comúnmente entre el dueño y compañías aseguradoras, dejando para estas últimas los riesgos que habitualmente cubren las pólizas de "todo riesgo de construcción" (que incluye la fuerza mayor), "responsabilidad civil" y "equipos móviles".

Esta pauta de distribución de los riesgos se refiere sólo a los contratos por serie de precios ya que en los de suma alzada y por administración la mayoría son de responsabilidad del contratista y del dueño, respectivamente.

En los contratos por serie de precios se ha tratado de liberar al contratista de algunos riesgos descomponiendo las obras en mayor cantidad de procesos ejecutados en distintas condiciones esperadas, como excavaciones subterráneas en rocas de distinta calidad definidas por el sistema de soporte que requieren, distintos caudales de agotamiento de aguas, distintos volúmenes de obra, distintas longitudes de transporte, etc. Este tipo de contrato es el más frecuente en el ámbito actual de la construcción y es al que nos referiremos en los capítulos posteriores.

En los contratos por administración, ha aparecido una nueva modalidad que al parecer se ha desarrollado en la última década: se denomina de "costo meta" o "costo total perseguido" (target contract) y consiste en que el dueño y el administrador (contratista) estiman, de común acuerdo, el costo total esperado de las obras por ejecutar, que pasa a ser la meta u objetivo y se comparten en alguna proporción, pactada de antemano, la economía resultante o se reduce el honorario fijo o porcentual del administrador en forma preestablecida si el costo total esperado es sobrepasado.

VI. LA FORMACION DE UN CONTRATO. SUS ETAPAS

Como todos sabemos, la formación de un contrato se inicia con los estudios de terreno que permiten la concepción de un anteproyecto económicamente factible y que se decide ejecutar.

Esos estudios, junto con los que se continúan ejecutando durante el desarrollo de la ingeniería básica del proyecto, constituyen los antecedentes disponibles para el diseño y para la planificación de la construcción. En consecuencia, no sólo serán de utilidad para quien desarrolle el diseño de las obras sino también para los proponentes que liciten y entre los que se seleccionará al contratista. Esto deja de manifiesto la importancia de estos estudios y la necesidad de que sean completos y bien ejecutados, ya que si durante la construcción se demostraren condiciones diferentes a las deducidas de estos estudios ello permitiría al contratista fundamentar una petición de indemnización por cambio de condiciones.

Debemos tener presente que durante el período de preparación de las ofertas por los proponentes es muy difícil o imposible rehacer o comprobar estudios que han requerido de años para su ejecución y análisis y esto puede restar valor a la declaración que generalmente se hace de que estos antecedentes se entregan sin compromiso para el dueño. En esta etapa debemos decidir la división del proyecto en contratos, lo que dependerá de las políticas al respecto, de la experiencia, de las distintas especialidades tecnológicas requeridas, de la coordinación en el tiempo, etc.

En la etapa de diseño básico de las obras, se desarrollan, generalmente en paralelo, los diseños mismos, las especificaciones técnicas y la preparación de documentos para los procesos de precalificación y de licitación de los distintos con tratos decididos.

En obras de importancia como las que nos preocupan, casi siempre se precalifica a los participantes en la licitación para asegurar su idoneidad técnica y financiera basándose para ello en antecedentes de experiencia en obras similares, cuadros de personal, recursos constructivos propios y capacidad empresarial y financiera. Finalmente, en algunos casos, se limita el número de calificados cuando los potenciales proponentes son muchos.

En cuanto a los diseños y dando por sentado que se han optimizado, aparece la necesidad de estar al tanto de los adelantos tecnológicos para aprovecharlos en la medida que estén suficientemente probados. Este conocimiento se requiere además para especificar claramente y en detalle el tipo y calidad de lo que se desea y esto vale tanto para elementos simples como para un complicado equipo de control computarizado.

Quedan por elaborar los restantes documentos de licitación que se deben agregar a los planos, especificaciones técnicas y antecedentes de estudios previos a los que ya nos hemos referido. Son los siguientes: instrucciones a los proponentes; bases administrativas; formulario de la propuesta, con su cuadro de precios y, consecuentemente, con las bases de medida y pago. El formulario del convenio de formalización del contrato, completa el conjunto de documentos de licitación.

En la preparación de estos documentos, se consideran, lógicamente, las políticas de la empresa, la experiencia propia y ajena, sin olvidar las características del proyecto.

Como es muy probable que los documentos preparados requieran aclaraciones y algunas modificaciones, es habitual que se formulen durante el período de preparación de las ofertas.

Recibidas las ofertas, se procede a su análisis y evaluación cubriendo aspectos legales, técnicos y económicos para seleccionar la más conveniente y definir así al adjudicatario.

Comunicada la adjudicación, se inician las acciones conducentes a la firma del contrato la que, en algunos casos, se complementa con la aclaración o la negociación de algunos aspectos.

Finalmente, las partes firman el contrato dándose inicio a la ejecución de las obras bajo la mirada controladora de la inspección y administración del contrato.

VII. METODO DE ANALISIS ADOPTADO

En el capítulo anterior hemos descrito las diferentes etapas que pueden distinguirse en la formación de un contrato y un camino de análisis sería profundizar en los criterios que se aplican habitualmente en cada una de ellas.

Por ejemplo, podríamos recordar por qué el proceso de formación de un contrato incluye, generalmente, la precalificación de empresas proveedoras o constructoras. Asimismo, podríamos referirnos ordenadamente a cada

una de las cláusulas que es habitual incorporar en los contratos, tales como modalidades de pago, atribuciones del inspector jefe, suministro de materiales, etc.

Sin embargo, como debemos ser breves será preferible que analicemos con mayor detenimiento sólo aquellos aspectos contractuales que más frecuentemente generan conflictos, dedicándonos a identificarlos y a describir las soluciones que se propician.

La reflexión posterior sobre estos puntos críticos permitirá apreciar la trascendencia que un buen contrato tiene en su posterior administración y en la resolución de los reclamos que deben inevitablemente producirse

VIII. IDENTIFICACION DE LOS ASPECTOS DE UN CONTRATO QUE HABITUALMENTE GENERAN CONFLICTOS

Para ordenar el análisis en la forma planteada y sin pretender llegar al detalle sino conseguir, al menos, planteamientos generales, examinaremos los aspectos principales que constituyen el objeto del contrato en su forma clásica:

- a) Definición de la obra contratada, también denominado alcance del contrato;
- b) Calidad requerida, que cabe exigir y que se define mediante normas, especificaciones, usos y costumbres;
- c) Plazo de ejecución que deberá ser respetado;
- d) Precio que importa la contraprestación pactada y que las partes consideran consecuente con los tres aspectos indicados anteriormente.

A pesar de los esfuerzos de las administraciones de las empresas para reglamentar cabalmente los puntos anteriores, la realidad revela, siempre, insuficiencias.

La experiencia ajena y la nuestra indican que:

1. La definición de lo contratado, tanto en forma, como en volumen y calidad suele sufrir modificaciones a lo largo de la ejecución, sea por adaptaciones o mejoras del proyecto o por cambios en la naturaleza del terreno. Es decir, por imprevistos de mayor o menor consideración.
2. Los documentos contractuales, incluido el proyecto de las obras, son interpretados de diferente manera por el contratista y por el dueño de la obra.
3. Los plazos se ven afectados por la aparición de esos imprevistos
4. Otro tanto ocurre con los precios.

En el caso particular de los precios, además de los imprevistos propios de la obra, revisten gran importancia las modificaciones del esquema económico del país, que ponen a prueba la capacidad de acomodación de las fórmulas de reajuste.

Revista de Ingeniería de Construcción, N° 2, Marzo 1987

Aparecen, entonces, dos áreas muy delicadas en las relaciones contractuales, que deben ser cuidadosamente tratadas al elaborar un contrato:

- Los imprevistos (de carácter físico y económico).
- Las interpretaciones dispares.

6.1 Los imprevistos

Hay ciertos imprevistos que son tales por su magnitud más que por su ocurrencia. Tienen este carácter las variaciones en las cubriciones previstas y las obras extraordinarias. Unas y otras tienen un tratamiento normal en los contratos y no generan conflicto mientras no se asimilen a modificaciones del marco de referencia que el contratista consideró al estudiar su oferta

Los imprevistos que surgen de aparentes o reales modificaciones de ese marco de referencia, van desde el fierro que cambió su forma, hasta el diluvio que paraliza y daña las obras. El mayor costo que tiene ese fierro y el costo de reposición de los trabajos ocasionados por las lluvias extraordinarias, debe ser absorbido por alguien, el contratista, el dueño, o una compañía de seguros.

Nuestros contratos buscan la manera de regular los imprevistos y desarrollan procedimientos para determinar quién debe hacerse cargo de su costo.

Es indudable que toda empresa se esfuerza al máximo para definir el proyecto de la mejor manera posible y con todos los antecedentes disponibles. Sin embargo, y aunque ello se repita con majadería, la mejor forma de evitar conflictos y mantener las obras dentro de sus presupuestos y plazos, es realizar las prospecciones y medidas del terreno que aseguren la invariabilidad general del proyecto; efectuar las investigaciones necesarias para confirmar que los materiales de construcción están disponibles en calidad y en cantidad; confirmar que los planos de detalle pueden llegar a ser y serán compatibles con el diseño básico y con las especificaciones que se usaron para contratar el trabajo; en fin, tomar todas las precauciones posibles para que la obra se ejecute con el menor número de modificaciones.

Por otra parte, no debe olvidarse que todos los terrenos ofrecidos, tanto para la implantación de las obras como para las instalaciones del contratista y para la obtención de materiales, deben ponerse oportunamente a su disposición.

Sin embargo y ya lo dijimos, incluso con estos cuidados los imprevistos se presentarán y el contrato debe proveer la forma de manejarlos

Para este objeto nuestros contratos contemplan cláusulas tales como:

- cantidad de obra y sus variaciones.
- modificaciones al proyecto.
- obras extraordinarias, etc

La experiencia nos indica que, a pesar de todas estas precauciones, se generarán reclamos que pueden llegar a ser tan conflictivos como para no tener otra alternativa que la del arbitraje, medio para zanjar diferencias a que nos referiremos más adelante.

La naturaleza del terreno y su diferencia real o aparente con respecto a lo que se anticipó también genera consecuencias económicas, cuya asunción origina desaveniencias entre las partes, no obstante su regulación en el contrato.

No es ésta la única oportunidad en que surge el concepto de "fuerza mayor", puesto que también es base de sustentación de reclamos por exceso de lluvias, huelgas del personal, interrupción de caminos, etc.

Nuestros contratos contienen una normativa bastante amplia respecto al tratamiento de la "fuerza mayor" y a la repartición del costo de sus efectos entre el propietario, el contratista y las compañías de seguros.

Sin embargo, la vía de la "interpretación" no siempre basta para resolver estas reclamaciones y, una vez más, las modificaciones de circunstancias, esta vez caracterizadas como "fuerza mayor", se encaminarán hacia una solución arbitral.

Los cambios en el ámbito económico de un país, como las inflaciones incontroladas o las fluctuaciones bruscas en las tasas de conversión de monedas, originan también reclamaciones que se basan en la "fuerza mayor" y que se sostiene son bien compensadas por las fórmulas polinómicas de reajuste de las partidas del contrato. Estas reclamaciones suelen ser de subido monto, difíciles de demostrar fehacientemente y proclives a generar arreglos directos (negociados fuera del contrato)

6.2 Las interpretaciones

El entender de manera distinta una disposición o una circunstancia, es propio de la condición humana.

Los autores de los contratos se esmeran porque sus disposiciones no tengan más que una sola interpretación.

Sin embargo, esto es difícil por múltiples razones y una de ellas es que el contrato privado de construcción de grandes obras carece todavía de tradición en el país. Lo mismo puede decirse del marco jurídico que la debe regular:

- Falta de un cuerpo autónomo y suficientemente desarrollado de disposiciones legales (por ejemplo, nuestro Código Civil le dedica escasos artículos).
- Disposiciones inmovilizadas desde el siglo pasado y que, por lo mismo, consideran anacrónicamente la vigorosa y siempre cambiante realidad de este contrato.
- Jurisprudencia escasa y en gran medida desconocida, por seguirse los procesos arbitrales "en privado".
- Inspiración en prácticas contractuales que tienen un apoyo jurídico de origen distinto al nuestro, como, por ejemplo, el sajón.

Revista de Ingeniería de Construcción, N° 2, Marzo 1987

Los países latino americanos tienen cuerpos legales de inspiración en gran medida común, de tal modo que el intercambio de experiencias entre las empresas del área, podría ayudar a enriquecer nuestra jurisprudencia y a crear cada vez más una convergencia en la interpretación de las disposiciones contractuales.

Si estas disposiciones pudiesen tener un cierto carácter universal y se entendieran en todas partes de una manera similar, nuestros contratos se verían ciertamente enriquecidos.

Como todos sabemos, por esta misma razón, las grandes asociaciones de profesionales de otras regiones han redactado modelos de contratos que recomiendan a sus asociados. Ello genera esa universalidad que favorece la interpretación común.

En este sentido cabe mencionar los contratos tipo que han preparado y recomiendan:

- La FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIERUS - CONSEILS

- THE AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS

¿Por qué no podría existir un contrato de construcción tipo, preparado y recomendado a sus miembros por entidades gremiales o profesionales chilenas?

No conocemos si se ha explorado una iniciativa de este tipo, pero nos parece que podría ser un valioso aporte al campo de la construcción sudamericana. Por supuesto que un trabajo de esta naturaleza involucraría la participación conjunta de ingenieros y abogados.

Pero volvamos a nuestra realidad.

En los contratos de hoy día y seguramente en los de siempre, cuando aparece una divergencia de apreciación que no puede ser resuelta por las partes, se determina que las diferencias sean zanjadas por un árbitro o por la justicia ordinaria.

Una vez más aparece este recurso extremo de arreglo que es el de entregar la decisión de las diferencias al criterio de un tercero.

IX. SOLUCION DE DIFERENCIAS

Como hemos dicho, es habitual que en los contratos de construcción se indique que las diferencias que no puedan ser resueltas por las partes, deberán ser sometidas a la decisión de un tercero. Este puede ser un tribunal arbitral (unipersonal o colegiado), o la justicia ordinaria.

La práctica de la ENDESA ha sido elegir para esta instancia un árbitro que no actúa necesariamente en derecho, sino en equidad y que este árbitro sea de profesión abogado para que su decisión, sin perder su naturaleza, se fundamente, por formación profesional, en la ley que rige a las partes -es decir, en el contrato- y en el régimen jurídico general. Actualmente, la ENDESA define que el árbitro deberá actuar con carácter de arbitrador para el procedimiento y en derecho para la sentencia.

Sin embargo, muchas veces hemos reflexionado sobre la bondad de este criterio, puesto que en otras partes las diferencias son entregadas a la decisión de la justicia ordinaria y en otras, a árbitros de profesión ingeniero.

Nuestra propia experiencia no nos ha permitido determinar aún las ventajas de uno u otro procedimiento.

X. DOCUMENTOS DE GARANTIA

Pudiera pensarse que un contrato firmado es suficiente garantía para obtener los resultados que espera el dueño de la obra.

Sin embargo, dada la elevada cuantía de los capitales en juego, un atraso en la puesta en servicio de las obras eléctricas involucra generalmente una operación más ineficiente y más cara del sistema eléctrico en que se encuentra la obra.

Tomando en consideración estas circunstancias, los contratos exigen a los proveedores y contratistas documentos de garantía y retenciones en los estados de pago que se pueden hacer efectivos bajo ciertas condiciones.

Es indudable que estas garantías no cubren los perjuicios que una empresa eléctrica puede tener como consecuencia de los atrasos de la puesta en servicio de una obra, sean ellos el mayor costo de las obras o el que se deriva de la operación del sistema. Sin embargo, son lo suficientemente altos como para preocupar al proveedor o al contratista de su eventual aplicación en caso de incumplimiento del contrato por causa imputable a su responsabilidad.

Este aspecto es digno de considerarse en la elaboración de los contratos, especialmente en los trabajos civiles, puesto que el alto valor de las obras que se construyen actualmente llevan aparejados documentos de garantía que afectan en grado significativo la capacidad de crédito de los contratistas.

La ENDESA solicita como garantía del fiel cumplimiento del contrato, documentos bancarios pagaderos con treinta (30) días de aviso por una cifra semejante al 10% del valor contratado.

Recientemente viene utilizándose en Chile un documento de características diferentes, ampliamente usado en Estados Unidos y de costo sustancialmente más bajo. Nos referimos a la garantía denominada "Performance Bond" que asegura al cliente el buen término de la obra, sea por el mismo contratista o por otro en caso de incapacidad del primero.

Tenemos conocimiento de que este tipo de documentos ha sido empleado ya en otros países latino americanos, de tal modo que sería valioso conocer antecedentes al respecto.

XI. SUGERENCIA DE TEMAS VARIOS, PARA INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS

A lo largo de este trabajo hemos intentado destacar:

- La importancia de las cifras en juego en los contratos de los próximos años en el área eléctrica.
- La naturaleza conflictiva del proceso de construcción de las grandes obras.
- Los aspectos más vulnerables del contrato de obras.

Finalmente, y para dar paso al propósito fundamental ya expresado, nos permitimos reiterar nuestra invitación para intercambiar experiencias o ideas sobre contratos de obras, y en particular sobre los siguientes temas que han sido identificados como los de mayor trascendencia durante la administración de dichos contratos:

- Contratos por administración con presupuesto meta;

Revista de Ingeniería de Construcción, N° 2, Marzo 1987

- Condiciones que debe cumplir el diseño del proyecto (grado de detalle) al llamar a licitación;
- Principios y fundamentos para distribuir el riesgo de una "fuerza mayor" y su relación con los seguros exigidos;
- Recurso extremo para resolver conflictos: justicia ordinaria o arbitraje (de equidad, derecho o mixto);
- Ventajas e inconvenientes de las garantías comerciales y en especial del "Performance Bond";
- Cambios en el ámbito económico (por ejemplo, tasas de conversión de monedas) y su corrección automática por medio de las fórmulas de reajuste;
- Maneras de abordar la solución de conflictos.

REFERENCIAS

1. CEPAL, "Demanda de equipos para generación, transmisión y transformación eléctrica en América Latina". Cuadernos de la CEPAL N°46, Naciones Unidas, Junio 1983.
2. BIRF, "La energía en los países en desarrollo". Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Agosto 1980.
3. Murray Hohns, H. Preventing and solving construction contract disputes. Van Nostrand Reinhold Company, New York, 1971, p. 1.
4. Acret, J. Attorney's guide to California Construction Contracts and Disputes. Berkeley, 1976,p 88.
5. Balmafia, M., citado por del Careo, M. y Pons, M., Derecho de la Construcción, Editorial Hesperia, Madrid, 1980.