



BARROS & ERRÁZURIZ

**Congreso Internacional de Derecho de la
Construcción, 10 de Noviembre de 2017.**

**Nicolás Balmaceda Jimeno
Socio, Barros & Errázuriz Abogados.**

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS



El 1 y 2 de Octubre de 1814 se desarrolló la “Batalla de Rancagua”, la que a posterioridad sería conocida como el “Desastre de Rancagua”, que acabó con una gran cantidad de vidas, armamentos y medios, dejando en un lamentable estado al incipiente ejército chileno, y marcando el final del periodo que se denominó la “Patria Vieja”, iniciándose la Reconquista española.

Los historiadores han atribuido los desastrosos resultados de dicha batalla, en parte, a la lucha de egos, descoordinaciones y peleas internas de las distintas facciones del bando patriota



EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS



Los restos de nuestro Ejército escapan, se reagrupan e inician un penoso cruce de la cordillera.

En Mendoza fueron recibidos por el General José de San Martín, creándose el “Ejército Libertador” e iniciándose la preparación del mismo.

Después de más de dos años de preparación, el “Ejército Libertador” inició el cruce de la Cordillera de los Andes.



El 12 de febrero de 1817 el “Ejército Libertador” se enfrentó al ejército realista en la Batalla de Chacabuco, resultando vencedor el primero e iniciándose el periodo denominado como “Patria Nueva”.

Nueva etapa en la independencia de Chile y de Sudamérica, la que se selló con un triunfo trascendental el día 5 de Abril de 1818 en la Batalla de Maipú, inmortalizada en el cuadro de Fray Pedro Subercaseaux.

A partir de dicha batalla vendrían una serie de triunfos e incluso la expedición de tropas chilenas a Perú, dirigidas por el mismo José de San Martín, a fin de contribuir a la independencia de Sudamérica.

So what?

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS



BARROS & ERRÁZURIZ

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

La Independencia de Chile y de Latinoamérica da cuenta de un objetivo que se logró por la colaboración entre partes alineadas bajo un proyecto común, mucho mayor que el beneficio individual (independencia de cada país vs Sudamérica). Si las partes se hubiesen dedicado a combatir en forma dividida se habrían producido múltiples “Desastres de Rancagua”, la independencia haber tomado un tiempo bastante mayor, con la muerte de más personas y el empleo de una mayor cantidad de recursos.

Lo mismo ocurre en los proyectos de construcción, donde la relación entre las partes debe ser colaborativa y bajo un proyecto común. Si todos los riesgos del contrato se radican en el contratista, éste puede verse sobrepasado, sufrir retrasos y sobrecostos que resultan en una disminución en su utilidad, no obtener ganancias, incluso “salir a pérdida”. Esto puede terminar en el abandono de la obra o en una declaración de insolvencia. Lo anterior impactará negativamente el proyecto y los ingresos del mandante; receta perfecta para un verdadero “Desastre de Rancagua”.

Una correcta distribución de los riesgos es la herramienta colaborativa por excelencia. Al igual que en la operaciones de *project finance* si radicamos el riesgo en la parte que se encuentra en mejor posición de asumirlo, al menor tiempo y costo, tendremos contratos equilibrados y beneficiosos para ambos contratantes, lo que redundará en proyectos exitosos y de baja conflictividad.

¿Cómo?

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Existen distintos modelos internacionales de contratos aplicados para la ejecución de obras, donde ciertos riesgos son atribuidos explícitamente al mandante, como vemos a continuación:

	FIDIC Silver	FIDIC Orange	ENAA	ICE	AIA	EIC	AGC	DBIA
Daños o pérdidas a bienes asegurados bajo los seguros requeridos por el contrato a ser contratados por el mandante					X		X	X
Explosión de minas, bombas, granadas, misiles o municiones	X (excepto si son atribuibles a aquellas utilizadas por el contratista)		X (en o cerca del país en el que se encuentren las faenas)					

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Fuerza Mayor						X		
Pérdida o daño atribuible al diseño del mandante			X	X		X		
Contaminación nuclear, desechos nucleares, combustión de combustible nuclear, radioactividad o explosión tóxica	X	X	X (salvo que en el país en el que se ejecutan las obras no sean asegurables normalmente)	X		X		
Acción de las fuerzas de la naturaleza que sea imprevisible o contra las que no se podía esperar que un contratista con experiencia hubiera tomado medidas preventivas adecuadas		X	X (salvo que en el país en el que se ejecutan las obras no sean asegurables normalmente)			X		
Ondas de presión	X	X	X (salvo que en el país en el que se ejecutan las obras no sean asegurables normalmente)	X		X		

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Rebelión, revolución, insurrección, golpe militar o usurpación del poder, o guerra civil	X (en el país en el que se ejecutan las obras)	X	X	X		X		
Huelga, conmoción o desorden ocasionados por personas distintas al Personal del contratista o subcontratistas	X	X		X		X		
Guerra, hostilidades, invasión, acción de enemigos extranjeros (embargo)	X (en el país en el que se ejecutan las obras)	X	X	X		X		
Condiciones peligrosas en las faenas							X	X
Daños o pérdidas causadas por la ocupación del mandante de cualquier parte de las obras		X	X	X	X	X	X	

* Huse, Joseph, "Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts", Londres: Sweet & Maxwell 2002, p

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

En Chile la adecuada distribución de los riesgos lentamente va ganando terreno tanto en el ámbito privado como en los contratos de obra pública, con mandantes que han adoptado parcial o totalmente estos modelos internacionales de contratación, por ejemplo asumiendo responsabilidades ambientales de tramitación o mitigación o incluyendo cláusulas de cambio de ley.

En obras públicas, sobre todo en concesiones, es posible verificar una apertura a no radicar todos los riesgos en el Sociedad Concesionaria. Así por ejemplo, en obras complejas y de tamaño considerable, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) ha aceptado el reembolso directo de ciertos costos incurridos por el Concesionario en la ejecución de medidas ambientales o de cambios de servicios, o considerarlos para los efectos del cálculo del plazo de concesión. En otros casos el Estado garantiza ingresos mínimos a fin de mitigar los riesgos de demanda, contribuyendo por esta vía a la ejecución de las obras y financiamiento de las mismas.

En materia de obras públicas licitadas por el MOP por medio de Reglamento de Contratistas de Obras Públicas, es común ver que el pago se efectúa bajo modalidad de serie de precios unitarios, asumiendo el MOP posibles aumentos de obras.

En ambos casos es el MOP quien asume la tarea de llevar a cabo las expropiaciones para facilitar los terrenos necesarios para la ejecución de las obras al privado, cuestión que constituye un claro ejemplo de distribución de un riesgo relevante de sobrecostos, retrasos o incluso de imposibilidad de ejecutar el proyecto, mediante el uso de una potestad legal no disponible para el particular.

EL IMPACTO EN LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Riesgos por distribuir.

Es de vital importancia determinar tempranamente cuáles son los riesgos asociados a un proyecto, toda vez que estos no se replican de igual manera en una industria a otra e incluso de un proyecto a otro. Así por ejemplo, el año pasado colaboramos en un proyecto de transmisión eléctrica que atraviesa en más de 800 kilómetros el norte del país, el cual no tuvo temas de comunidades indígenas, pero si debió lidiar con propietarios mineras; a diferencia de proyectos similares en el sur del país, en el que el tema indígena es complejo y las pertenencias mineras no revisten un problema.

Algunas clasificaciones doctrinarias de los riesgos:

1. De construcción, operacionales, de suministro, comerciales y políticos (Fritz Nicklisch).
2. Relacionados directamente con las obras, asociados al financiamiento y a las partes (Nael Bunni).
3. Técnicos, asociados a la acción humana, al periodo de mantenimiento (Manfred Grosshausser).
4. Tomando en cuenta quien debe asumirlos: del mandante, del arquitecto, del constructor principal, de los subcontratistas y de los proveedores (Robert E. Benson).

Legalmente el riesgo que deriva en daño puede ser clasificados como previsible o imprevisible, lo que incide en discusiones de casos fortuitos o fuerza mayor y teoría de la imprevisión.

¿Cómo enfrentarlos?

Mis compañeros del panel profundizarán en esto.

Sólo concluyo señalando que la activa colaboración de las partes en el proyecto y una adecuada distribución de los riesgos contribuirá al éxito del proyecto, en tiempo y plazo, reduciendo la tasa de reclamos, lográndose con ello cumplir las metas fijadas en pos del bien común, lo que ameritará terminar con un “Abrazo de Maipú”.





BARROS & ERRÁZURIZ