



ALDEC

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS FIDIC. LAS FORMAS DE FIJACIÓN DE PRECIOS EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN Y EL USO DE DISPUTE BOARD.



AUTORES)

ALBERTO FERNÁNDEZ (COSTA RICA)

FERNANDO LANDEROS (CHILE)

I. LOS MODELOS DE CONTRATOS DE LA FIDIC:

1.- FIDIC es la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (www.fidic.org), organización internacional que elabora contratos de construcción modelo, hechos por ingenieros para ingenieros, con ayuda legal.

2.- Se basan en el EQUILIBRIO DE LOS RIESGOS porque la industria de la construcción presenta ámbitos de incertidumbre que deben ser asignados a quien esté en mejor posición de asumir el RIESGO.

3.- De acuerdo al PMI el RIESGO de un proyecto es un evento o condición incierta que, de producirse tiene un efecto positivo o negativo en uno o más objetivos del proyecto, tales como el alcance, el cronograma, el costo y la calidad. Tienen su origen en la incertidumbre inherente a todos los proyectos.

4.- El RIESGO se previene desde las primeras etapas de la obra. En los modelos contractuales FIDIC se asigna el riesgo a la parte que haya estado a cargo de la elaboración del DISEÑO de la obra.

a.- Si el Propietario o Mandante elabora el DISEÑO asume todos los riesgos asociados al mismo y el CONTRATISTA asume sólo los riesgos propios de la construcción. [Se utiliza esta modalidad con el Contrato de Construcción denominado **Libro Rojo**].

b.- Si el Propietario o Mandante elabora unos REQUISITOS DEL CLIENTE, que traslada al CONTRATISTA, para que éste elabore el DISEÑO y la CONSTRUCCIÓN de la obra, el CONTRATISTA asume mayores riesgos (los propios del diseño y los propios de construcción), por lo que traslada al Precio esos riesgos asumidos. [Se utiliza el modelo de Contrato de Diseño y Construcción denominado **Libro Amarillo**]

c.- Si el Propietario o Mandante elabora unos REQUISITOS DEL CLIENTE donde desea tener mayor grado de certeza sobre el Plazo y el Precio de la Obra, otorgando al Oferente un mayor plazo para preparar estudios detallados que le permitan ofertar un Diseño Final y un Cronograma Final de Obra, asumiendo el Contratista todos los riesgos del diseño, la construcción y normalmente el equipamiento y operación de la Obra, trasladando mediante el Precio esos riesgos asumidos. [Se recomienda utilizar el Contrato Llave en Mano denominado **Libro Plata**].

5.- Los Bancos Multilaterales de Desarrollo (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Millennium Challenge Corporation, Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos UNOPS y otras), utilizan bajo licencia de FIDIC sus libros de contratos, con algunas modificaciones y particularidades, modelos de contrato se denominan **Libro Rosa**.

6.- El Precio responde a la asignación de Riesgos: a mayor riesgo asumido por el contratista mayor será el precio, de modo que bajo **Libro Rojo** el Propietario paga un precio menor; bajo **Libro Amarillo** el Propietario asume mayor precio, pero traslada el plazo de diseño al Contratista y bajo **Libro Plata** el Propietario asume mayor precio que en los anteriores, a cambio de certeza en el Plazo y el Precio de la Obra puesta en operación al final del contrato.

7.- Bajo el estándar FIDIC, cuando se utiliza el **Libro Rojo** se recomienda que El Precio sea a precios unitarios por cantidad de obra, por lo que, se paga lo efectivamente construido. El Precio de Oferta usualmente no es un precio final, sino que lo será el Precio que resulte al final del proceso constructivo conforme las cantidades o rubros efectivamente empleados en la obra.

8.- El Precio en **Libro Amarillo** es a suma alzada, de modo que se paga por hitos de obra o mediciones porcentuales de avance de obra, cancelándose al final de la obra al Contratista, la totalidad del Precio único originalmente pactado. De este modo, el riesgo de las variaciones de cantidades lo asume el contratista. El precio se considerará final a la adjudicación, pero puede sufrir aumentos o disminuciones por Variaciones) o Cambios (conforme la definición del Contrato y tramitadas conforme al Contrato).

9.- Se debe comprender que los contratos FIDIC responden a un sistema que parte de una comprensión de la "Procurement Guide" (**Libro Azul**), que establece recomendaciones previas al inicio del proceso de licitación, para definir el mejor modelo contractual a utilizar, cómo preparar la licitación, como administrar el contrato seleccionado y demás documentos asociados a ese proceso.

10.- El **Libro Rojo** y el **Libro Amarillo** establecen la figura del INGENIERO, que no es una persona física sino una entidad que asume la representación del Propietario en todos los aspectos propios de la relación con el CONTRATISTA: seguimiento del Programa y Cronograma de Trabajo, verificación de los materiales, control de calidad, control y seguimiento de los pagos, recomendaciones y cambios a la obra y toma las DECISIONES en caso de discrepancias del CONTRATISTA. Aunque representa al Propietario, se espera que actúe de manera imparcial y en procura de proyecto. Se constituye de esa manera en el primer eslabón en la cadena de solución de disputas que establecen los modelos FIDIC (que utilizan cláusulas escalonadas de solución de controversias).

II. FORMAS DE PAGO EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN.

1. Es importante tener presente la diferencia que existe entre los "tipos de alcances" de un contrato en el ámbito de la ingeniería y construcción, y las "formas de pago" que dichos contratos pueden contener. Muchas veces se tienden a confundir dichos conceptos provocando una inadecuada administración del contrato.

ALCANCE: Se refiere a lo que estamos contratando. En esta línea encontramos por ejemplo:

- Contratos de desarrollo de ingeniería (Engineering)
- Contratos de diseño, procura y administración de la construcción (no construye), también denominados comúnmente EPCM
- Construcción propiamente tal (no diseña)
- Contratos más amplios como el caso del EPC, cuyo alcance consiste en realizar el diseño (muchas veces a partir de una referencia o parámetros del Propietario), la procura de los insumos o equipos y la construcción, asumiendo el Contratista parte importante del riesgo del contrato, y
- Contrato tipo BOT, en los cuales un Contratista diseña y construye una determinada infraestructura para luego explotarla u operarla por un plazo determinado, normalmente plazos entre 5 a 20 años. Estos contratos, muchas veces, incluyen la opción de transferir a otros, es decir, el Contratista puede vender el negocio a otra empresa para que continúe con la operación o explotación.

A continuación, una gráfica que ilustra la magnitud de los contratos en función del tipo de alcance del mismo. De este modo, los contratos de menos cuantía corresponden a los de Ingeniería o diseño (entre un 2 a 3% del costo de construcción, en términos muy generales) y los de mayor cuantía aquellos que incluyen la operación por una determinada cantidad de años, una vez concluida la construcción (En el caso de Chile, este tipo de contratos es conocido como Concesiones y se utilizan, entre otros usos, para infraestructura vial por periodos de 15 a 20 años de explotación).

Tipos de alcances

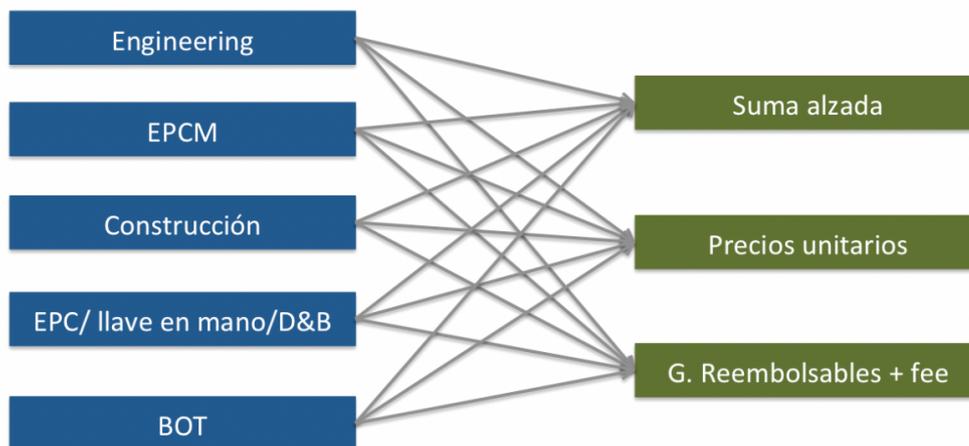
Nombre	Alcance	Magnitud
Engineering	Engineering	█
EPCM	Engineering, Procurement and Construction Management	█
Construcción	Construcción	█
EPC / llave en mano / D&B	Engineering, Procurement and Construction / Design & Built	█
BOT	Built, Operation and Transfer	█

FORMA O MODALIDAD DE PAGO: Se refiere a como se pagan los servicios, trabajos o actividades que hemos contratado como alcance. En estas modalidades, existen riesgos implícitos que las partes transfieren. Dentro de las modalidades encontramos:

- **Suma Alzada:** Corresponde a la determinación de un precio fijo, único e inamovible que las partes pactan para un alcance dado. Lo habitual es que se pague el monto fijo pactado siempre que no cambian los riesgos, alcances, condiciones u obras que se pactaron. Muchos contratos regulan la posibilidad de ajustar el precio frente a determinadas causales.
- **Serie de precios unitarios:** Se pactan precios unitarios para cada rubro o ítem. Estos precios unitarios son fijos e inamovibles (como una suma alzada unitaria de la partida). En este caso, precio final a pagar por el Propietario, será el resultado de pagar estos precios unitarios por las cantidades efectivamente ejecutadas por el Contratista. En este caso, el riesgo sobre el precio final del contrato se reparte entre ambas partes. El riesgo de las cantidades finales se lo lleva el Propietario.
- **Gastos reembolsables + fee:** En esta modalidad, el contratista presenta al Propietario todos los gastos en los que ha incurrido (gastos reales no teóricos) y éstos son reembolsados. En esta modalidad, el Contratante, se lleva el riesgo del precio y variación de los insumos, así como de la eficiencia de los recursos utilizados. En esta modalidad, lo habitual es que se pacte una ganancia o utilidad para el contratista, muchas veces a suma alzada, la cual corresponderá al beneficio por las gestiones y trabajos realizados.



2. Los alcances de un contrato y las modalidades de pago se pueden mezclar según los riesgos que las partes deseen transferir. Dado esto, es que es posible encontrar en el mercado contratos que a pesar de contar con el mismo alcance pueden ser pagados de diferente manera. Por ejemplo, el caso de los EPC, cuya modalidad de pago muchas veces se pacta a Suma Alzada, también es posible observarla en serie de precios unitarios.



3. En el caso de los contratos a Suma Alzada, el precio fijo, único e inamovible se define principalmente, por la combinación de alcances y riesgos. Ambos elementos influyen en la determinación del precio final. A mayor cantidad de riesgos que se transfieran al contratista, mayor será el precio final, según la tendencia que se observa en la industria.

4. Habitualmente, se observan dos formas de pago de una suma alzada: (i) por hitos (“milestones”) según cronograma; y (ii) por avance mensual. Estas modalidades normalmente se pactan en el contrato, siendo una condición relevante para el contratista puesto que puede tener un efecto financiero distinto un caso u otro.

5. En el caso del pago por hito, se define una cantidad de hitos que sean determinables, y luego, para cada uno, se fijan montos y fechas de cumplimiento. En este caso, si el contratista no logra el avance pactado, no se accede al pago puesto que no se ha cumplido el hito. En cambio, en el caso del avance mensual, se paga al contratista por los trabajos ejecutados en el periodo controlado, es decir, a modo de ejemplo, si el contratista avanza un 7%, se le paga un 7%, y si no tiene avance en el periodo entonces tampoco tiene acceso a pago. Ambos métodos operan de manera diferente con sus propias lógicas, por tanto, es importante tener claridad sobre el método que aplique para cada contrato.

III. LOS DISPUTE BOARDS O MESAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

1. Dentro de los formatos contractuales FIDIC, la cláusula 20 es una cláusula escalonada de resolución de conflictos que incluye los “Dispute Boards” (en adelante DBs), que es una herramienta inserta en los contratos con la finalidad de gestionar y resolver las diferencias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato con la finalidad de no tener al final de la obra reclamos acumulados de cuantía muy altas, y con disputas muy complejas.

2. Los miembros del DBs generalmente son expertos en el tipo de obra que se va a construir y tienen habilidades en manejo de controversias y resolución alterna de disputas. Los integrantes del DB se denominan adjudicadores y podrán ser ingenieros, arquitectos o abogados. Es importante aclarar que los miembros del DB deben ser totalmente imparciales e independientes de las partes. Los adjudicadores firman un contrato tripartito con el mandante o propietario y el contratista, en el que se establecerán claramente las obligaciones del DB y de las partes, tales como la periodicidad de las visitas al sitio de las obras, la remuneración de los adjudicadores, se será una suma fija mensual de honorarios profesionales, otra por cada vez que visiten el sitio y otro rubro de viáticos o gastos de alimentación, transporte y hospedaje por cada ocasión que hagan las visitas. La partida presupuestaria de los gastos y honorarios del DB debe estar establecida desde el momento de elaboración del pliego de condiciones a fin de que los oferentes tengan presente desde el momento de presentar sus ofertas que deben contemplar el ítem financiero relacionado con el pago de DB. Estadísticamente, el gasto en que incurren las partes en el DB es aproximadamente entre un 0,03% a un 0,05% del costo total de la obra, que si lo comparamos con los gastos de un posible arbitraje o proceso judicial es considerablemente más económico y eficiente.

3. En la doctrina encontramos diferentes tipos de DBs, a saber, el "Dispute Review Board" (DRB), el "Dispute Adjudication Board" (DAB), que con los cambios a los Contratos FIDIC del 2017 pasaron a denominarse "Dispute Adjudication Avoidance Board" (DAAB), con el componente nuevo de la palabra "Avoidance" que se refiere a la función del DB de tratar de evitar y prevenir disputas entre las partes.

4. Se recomienda que el DB sea nombrado por las partes desde el inicio de las obras y que sea permanente, pues de esta manera tendrá un mejor conocimiento de la dinámica de la obra y las diferencias entre las partes que puedan surgir de su ejecución, además podrá ayudar a resolverlas en tiempo real con las partes.

5. Las decisiones del DAAB son contractualmente obligatorias entre las partes, y si la parte que no está de acuerdo quisiera revertirla, deberá llevarla a un arbitraje, los cuales, en menos de un 10% de casos, fallan en contra de la decisión del DAAB. Sin embargo, mientras la decisión no sea revertida deberá cumplirse por las partes.

6. Los DBs son una herramienta más en los Contratos FIDIC, acorde con su filosofía de trabajar en función del éxito del contrato y de la obra.



ALDEC

PARA INFORMACIÓN ESCRIBA A: EVENTS@ALDEC-LA.ORG