



Manejo Contractual de Riesgos en Proyectos Subterráneos en México: Una Aproximación Meta-Contractual.

Contractual Risk Management in Underground Projects in México:
An Approach Beyond Contractual Matters.

Roberto Hernández García., COMAD, S.C., Firma de Abogados. (rhernandez@comad.com.mx)

RESUMEN: Las obras subterráneas representan importantes retos no solamente desde el punto de ingeniería y construcción sino también en lo concerniente al andamiaje legal, contractual y de solución de controversias para su ejecución. Si bien existen muchas buenas prácticas internacionales aplicables para acotar estos riesgos, en México continuamos en forma temerosa y a veces hasta de mala fe, a continuar y permanecer con vicios que entorpecen el ambiente imperante para su ejecución. ¿El Resultado? Proyectos mal planeados por causas inverosímiles, contratos que no satisfacen la realidad de los proyectos; ambientes viciados y medios de solución de controversias inefectivos. ¿Cuál es la solución? El autor nos propone algunos que son aspiracionales basados en algunas mejores prácticas internacionales, con la idea de romper la inercia existente y promover mejores condiciones para este tipo de proyectos.

ABSTRACT: Underground works represent important challenges not only from the point of view of engineering and construction, but also with regards to the legal contractual and dispute resolution structure for their implementation. While there are many good international practices, in Mexico we continue in fearful and even bad faith way, to continue and keep practices that hamper the prevailing environment for their execution. The result? Projects poorly planned for unjustified reasons; contracts that do not satisfy the reality of the projects; flawed environments and ineffective means of dispute resolution. What is the solution? The author proposes some aspirational concepts, with the idea of breaking the existing inertia and promote better conditions for these types of projects.

1. LA REALIDAD

1.1 *La firma urgente.*

Eran las 9.00 pm de la mañana. Los asesores legales de los Dueños de la Obra y del Consorcio contratista se habían reunido una vez más en las oficinas del primero para continuar definiendo las condiciones contractuales de la adjudicación directa de una de las obras subterráneas más relevantes de la historia del país. Durante meses habían sido días y noches completos definiendo el contrato de obra en la mejor forma posible y equilibrada. Ya habían superado la etapa de conflictos directos y habían entendido que era necesario contar con un contrato balanceado y a la medida para un proyecto de dicha magnitud. Aún quedaban cosas importantes por definir, y por ello, esa mañana se habían reunido con la meta de entregarlo a sus representadas a más tardar dentro de los 2 días siguientes. El tiempo era corto, pero esperaban lograrlo con los puntos definidos por ambas partes.

Pocos minutos después, el líder del equipo legal del Dueño de la Obra recibió una llamada. Mientras las partes esperaban que se tratara de una llamada de seguimiento, la cara del que tomó la llamada denotaba que algo estaba

mal. Todos se preguntaban: ¿el Proyecto se habrá cancelado? ¿alguien había muerto?

Cuando colgó les dijo con urgencia y desconcierto a los presentes: “*Que hoy se tiene que firmar el contrato*”. Todos entendían lo que decía, pero no les cabía en la mente el hecho de que el contrato fuese firmado ese mismo día tal y como estaba, pues había temas pendientes de definición, faltaba la revisión final del texto y en general había temas que no se habían resuelto. Los equipos de ambas partes estaban incrédulos con la noticia. El abogado del Dueño de la Obra reconfirmó la instrucción para verificar que no se trataba de un error. La respuesta fue tajante: el contrato se firmaba a las 5 de la tarde, porque así lo habían acordado los representantes máximos de las partes contratantes, tanto del sector público como del sector privado, en un desayuno privado ese mismo día. Lo curioso es que ninguno de ellos tuvo el tino de asistirse por sus respectivos equipos que se encontraban trabajando el documento contractual para saber el status del documento, no obstante que ambas partes estuvieron preparando el contrato por varios meses. Era una instrucción lisa y llana derivada de las decisiones de los dueños del proyecto. El líder legal del equipo del Dueño de la Obra bautizó en forma de broma al momento en el que tomaron la decisión como “*El desayuno de las mimosas*” porque afirmaba que, solamente habiéndose

excedido con este elixir, podría haberse entendido la decisión intempestiva, sabiendo el limitado estado del contrato y sin ningún tipo de reflexión final.

En la tarde efectivamente se firmó el contrato cargado de errores mecanográficos, condiciones pendientes de definición final y una revisión general tal como la buena práctica manda. Un cierre poco glorioso para un contrato histórico en la vida de las obras subterráneas en nuestro país.

1.2 *La realidad mexicana*

La situación descrita en el apartado anterior no es excepcional. En México, muchos de los proyectos no son dirigidos por los técnicos ni por los que conocen (que son los que están leyendo este escrito), sino por los que mandan y tienen compromisos políticos y administrativos. Es decir, aquellos que detentan el poder. Y ciertamente eso no solamente sucede en México, pero tampoco podemos decir que, por ello, sea una práctica sana.

El tema fundamental en los proyectos subterráneos es que son obras que requieren un extraordinario enfoque técnico e implican grandes responsabilidades técnicas y legales. Ello requiere que los expertos se puedan concentrar en la preparación del proyecto desde su inicio, y no estén a expensas de los vaivenes que les imprimen aquellos que toman las últimas decisiones, pero que sin embargo literalmente no tienen una idea completa de lo que un proyecto de esta naturaleza implica en la realidad.

Sin embargo, es necesario que esto cambie, y por lo tanto se entienda que es responsabilidad de los equipos técnicos y legales de las dependencias y entidades contratantes, así como de las empresas contratistas del sector, respectivamente, buscar el desarrollo objetivo y profesional de este tipo de proyectos para acotar los riesgos que la ejecución de un contrato de obras subterráneas requiere. Estos actores fundamentales, deben de pugnar conjuntamente por una nueva cultura de contratación, ejecución y solución de controversias en proyectos subterráneos en México, pues si bien lo más fácil es proponer cambios legales y normativos, estos últimos no son todo lo que se requiere, y de lograrse, tampoco serían suficientes si el ambiente imperante no permite el adecuado manejo de riesgos contractuales a nivel macro, y no solamente por modificaciones normativas.

De ello que, en este trabajo, propondremos medidas que sabemos que son aspiracionales, pero que estamos convencidos de que podrían apoyar a un mejor manejo contractual del riesgo en estos proyectos tan relevantes y necesarios para el país.

2. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION

2.1. *Los temas pendientes.*

Recordemos que en México las obras subterráneas son primordialmente proyectos de gobierno. Es decir, no son proyectos privados. Ello implica que su contratación y ejecución está regulada por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, a nivel federal, o por las leyes locales correlativas en la materia.

Como el lector sabe, estas leyes administrativas son sumamente restrictivas en muchos casos, aunadas a las responsabilidades administrativas que su violación conlleva para los servidores públicos que no las atienden adecuadamente. De ello que la actitud y tendencia natural tanto de las dependencias y entidades contratantes es que, sintiéndose “maniatadas” por la normatividad y la responsabilidad administrativa, se vean propensas a desarrollar los proyectos a través de los esquemas regularmente utilizados que continúan permitiendo los problemas existentes en los proyectos en general.

Sin embargo, a juicio del autor, el problema principal no está solamente en las leyes (pues las normas siempre son imperfectas y perfectibles), sino en gran medida en los factores exógenos que, como en el caso señalado al principio de este artículo, imperan en la planeación, contratación y ejecución de estos proyectos.

Algunos de estos factores son:

- a) Los equipos técnicos y legales de los Dueños de las Obras se ven obligados a someterse a las prioridades políticas y administrativas de los proyectos, haciendo a un lado la viabilidad técnica y legal de estos últimos con consecuencias nefastas;
- b) En algunos casos, falta de conocimiento y de capacitación de los equipos técnicos de los Dueños de la Obra, por no tener experiencia específica en los proyectos, o por haber sido ubicado en sus posiciones no por sus capacidades técnicas, sino por otros factores.
- c) Desarrollo de convocatorias (bases de licitación) y modelos de contrato, aparentemente apegados a las leyes aplicables, pero ajenos a los problemas específicos de los proyectos subterráneos, dejando en manos del contratista futuro, la resolución de todos los temas que, siendo inclusive previsibles, son trasladados al contratista en su mayoría, para evitar responsabilidades administrativas y contractuales;

- d) Adjudicaciones a empresas que, aun no teniendo suficiente capacidad y experiencia, son seleccionados por falta de capacidad técnica para evaluar por parte de las dependencias o entidades, o en el peor de los casos, por falta de integridad de las convocantes ante procedimientos de contratación irregulares y poco transparentes.
- e) Uso de modelos de contrato estándar que no contienen las mejores prácticas de la industria y por lo tanto no adecuados a la realidad de proyectos subterráneos;
- f) Falta de estudios suficientes o no confiables para el desarrollo del proyecto, lo que sumado a los elementos indicados en los incisos c) y e) anteriores, hacen incurrir al contratista en errores problemas que posteriormente son motivo de conflicto e interrupción de los proyectos.
- g) Falta de mecanismos efectivos de solución de controversias para este tipo de proyectos.

2.2. Las propuestas

El definir problemas no es suficiente, es importante generar los espacios y mecanismos para resolverlos, por lo que presentamos las siguientes alternativas:

- a) Que las asociaciones especializadas en proyectos subterráneos, y que representan a los miembros del sector, exijan a las dependencias y entidades contratantes de este tipo de proyectos, que cuenten con equipos de técnicos calificados y certificados en la materia con alta calidad técnica y moral. Lo anterior para que no solamente las contratantes cuenten con capacidades técnicas suficientes para enfrentar los proyectos, sino para que estos especialistas enfrenten con firmeza a aquellos que, por desconocimiento, o por intereses políticos y administrativos, quieren desarrollar los proyectos subterráneos en formas y tiempos no viables.
- b) Que las asociaciones especializadas mantengan posturas firmes ante proyectos que no son viables de ejecutar en los tiempos y formas que piden las convocantes por razones políticas y/o administrativas. De preferencia que se tengan criterios definidos y se formalicen lineamientos entre las autoridades y las organizaciones para hacer prevalecer la ejecución de los proyectos en forma técnica y legal, y no atendiendo a tiempos administrativos y políticos que hacen inviable la ejecución en los términos esperados.
- c) Que las organizaciones especializadas se coordinen con las dependencias y entidades para incluir Testigos Sociales capacitados y con experiencia en obras

subterráneas que coadyuven a la transparencia e integridad de los procedimientos de contratación.

- d) Que durante la contratación se implementen modelos de contrato innovadores y ad hoc a las particularidades y problemáticas de los proyectos subterráneos, y que consecuentemente permitan asumir derechos y obligaciones (riesgos) de acuerdo a la naturaleza no solamente de este tipo de proyectos en general, sino del proyecto específico. Al respecto cabe hacer notar que uno de los temas que más preocupan en las obras subterráneas son los eventos imprevisibles del proyecto ante el hecho de que *“el suelo no tiene palabra de honor”*, y tratando de adoptar medidas que permitan enfrentar con lógica y objetividad los proyectos no obstante la rigidez del sistema administrativo así como el principio de *“pacta sunt servanda”* que prevalece en nuestro sistema legal, con lo cual se deber de permitir la creación de espacios contractuales de reconocimiento y cumplimiento del principio de *“equilibrio económico del contrato”* en todos los sentidos (tanto para la parte contratante como para la contratista).

- e) Que se asegure la calidad y experiencia de las empresas que licitan y a las cuales se les adjudique el contrato, no solamente en su aspecto técnico y legal, sino en cuanto a su integridad y moral corporativa.
- f) Que durante la contratación se prevea el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, particularmente Dispute Boards, para la ejecución del proyecto.

3 EJECUCIÓN DEL CONTRATO

3.1. Los temas pendientes

La ejecución continua e ininterrumpida de los proyectos subterráneos es uno de los factores clave para su éxito. En este tipo de proyectos existen múltiples elementos que pueden entorpecer el lineal desarrollo de los mismos, desde las condiciones imprevistas del suelo, hasta problemas en la excavación, pasando por supuesto por problemas técnicos con las tuneladoras, aspectos hídricos, y hasta sociales, por lo que deben de generarse mecanismos contractuales que prevean la posibilidad de resolver los temas que surjan en cualquier momento, y por lo tanto se enfrenten en forma eficiente y de ser posible en forma inmediata.

Algunos de los temas pendientes de resolver durante la ejecución de los contratos de obras subterráneas son

(independientemente de adoptar o no los temas señalados en las secciones 2.1. y 2.2.) los siguientes:

- a) La falta de entrenamiento y experiencia de muchos actores en el desarrollo de los proyectos subterráneos que impiden su ejecución en la forma adecuada y conforme a las mejores prácticas de la industria;
- b) La falta de cumplimiento de los términos contractuales por las partes por no considerarlo necesario independientemente de si son esquemas contractuales adecuados o no para su sano desarrollo.
- c) El deficiente uso de mecanismos de administración contractual y previsión de riesgos y problemas basados en prácticas añejas e inviables;
- d) La influencia excesiva de factores políticos, administrativos, sociales y de tipo no técnico, que dañan el sano desarrollo de los proyectos.
- e) La ausencia de mecanismos de solución de controversias que privilegien, den prioridad, y favorezcan la solución de problemas en el proyecto y que impidan la generación de conflictos reprimidos que literalmente “exploten” entre las partes en el momento más inoportuno y que impidan una adecuada ejecución y terminación de los proyectos, con las consecuencias inherentes de dicha falta.

3.2. *Las propuestas.*

Si bien existen muchas herramientas internacionalmente propuestas y aceptadas para acotar los riesgos dentro de un proyecto subterráneo, quisiera hacer énfasis en tres conceptos que considero fundamentales para poder limitar los riesgos contractuales de proyectos subterráneos en nuestro país:

- a) Implementación y entrenamiento de “Disciplina Contractual” entendiendo esta como *“la serie de acciones y conductas de cada una de las partes contratantes para, además de cumplir el contrato, hacerlo de la forma más diligente posible, resolviendo los problemas presentes dentro del espacio de ejecución del contrato y previendo la resolución de los problemas derivados de la ejecución del contrato, dentro de su mismo ámbito para privilegiar la conclusión exitosa del proyecto en tiempo y forma, y no mediante herramientas externas que demoren la terminación del proyecto o impidan el sano desarrollo*

de las relaciones comerciales entre las partes contratantes”.¹

- b) Establecimiento de mecanismos de administración contractual y legal con enfoque y prioridad en la terminación del proyecto en forma balanceada para las partes tales como el denominado “*partnering*”², que ponen especial énfasis en los elementos comunes de las partes para lograr exitosamente un proyecto, y por lo tanto fortalecer el reconocimiento del equilibrio contractual entre las partes (técnico y económico) y bajo el entendimiento de que una adecuada coordinación fortalece la posibilidad de cumplimiento de metas comunes. Esta herramienta, podría resultar sumamente útil en el desarrollo de proyectos subterráneos en México.
- c) Activación y/ o establecimiento de Dispute Boards, como mecanismos de solución de controversias que tiene como prioridad la Disciplina Contractual;

4 LOS DISPUTE BOARDS COMO MEDIO EFECTIVO DE MANEJO CONTRACTUAL DE RIESGOS EN PROYECTOS SUBTERRÁNEOS

No solamente por su importancia a nivel internacional, sino por lo útil que puede resultar el uso de este mecanismo en México, consideramos necesario hacer un espacio específico y destacado en este artículo, para los denominados Dispute Boards, como una de las mejores prácticas internacionales disponibles para el manejo de riesgos en proyectos subterráneos.

Cabe hacer notar que este mecanismo ha sido utilizado en muchos proyectos subterráneos, incluyendo el “*Eurotunnel*”, el Túnel del Niágara, el “*Eisenhower Tunnel*”; el “*Boston Central Artery Tunnel Project*”, el túnel del Río de San Antonio, el “*San Pedro Creek Tunnel*”, y el “*Boston’s Marine Industrial Park Tunnel*”, entre muchos otros, permitiendo la solución de muchos de los temas complicados de dichos proyectos.³

¹ Este concepto lo presentó el autor recientemente en una reunión de la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción (CMIC) por lo que la definición es propia.

² Frank Carr define el término Partnering como: “*un proceso estructurado para crear una atmósfera de compromiso, cooperación y solución de problemas colegiados entre organizaciones y personas que colaboran en un proyecto de construcción*”.

³ Irónicamente este mecanismo está integrado en uno de los contratos subterráneos más importantes del país, sin que se haya activado efectivamente por razones que se desconocen.

Este mecanismo, asimismo, también ha sido utilizado en otros mega proyectos tales como la ampliación del Canal de Panamá, y muchos otros proyectos de infraestructura en Centroamérica y América del Sur con éxito.

El concepto general del Dispute Board (DB) es el siguiente:

Desde el principio del proyecto se establece uno o tres expertos en la especialidad del mismo. Regularmente pueden ser ingenieros o abogados especialistas que tengan experiencia en proyectos de construcción de obras específicas. En este caso, de obras subterráneas.

El DB debe de conocer el contrato y el proyecto en su totalidad. Debe de estar atento a su ejecución y emitir a solicitud de las partes recomendaciones como tercero neutral para el desarrollo del proyecto siempre privilegiando su ejecución y continuidad como tercero imparcial.

Si durante la ejecución del proyecto, una de las partes tiene un conflicto con la otra parte, cualquiera de ellas puede someter el caso al DB para que lo resuelva durante la ejecución del contrato para impedir interrupciones en los flujos de efectivo o de la ejecución oportuna del proyecto.

Dependiendo del tipo de DB, las resoluciones del DB son obligatorias y vinculantes. Lo importante es que resuelven el tema en forma inmediata y permiten que las partes continúen con el proyecto en forma continua.

Algunos de los múltiples beneficios del DB son:

- a) Se incluye un tercero que modifica la dinámica de las partes contratantes hacia un sentido objetivo y no orientado hacia una de ellas;
- b) Favorece el seguimiento del proyecto a través de visitas y comunicaciones en las que las partes hacen todos sus esfuerzos para mostrar que “están haciendo bien las cosas” ante el DB;
- c) El DB puede emitir recomendaciones específicas tendientes a evitar los riesgos y buscar soluciones preventivas favorables para el desarrollo del proyecto;
- d) El DB puede actuar como mecanismo de solución de controversias dentro de la ejecución del proyecto evitando que los conflictos se demoren tanto en perjuicio del proyecto como de las partes que insisten en posiciones cerradas.

- e) Favorece y privilegia la ejecución del proyecto en tiempo y forma.

Hoy en día, la experiencia internacional nos muestra que los DBs son el recurso idóneo para enfrentar adecuadamente los proyectos de todo tipo, pero particularmente los subterráneos, que nunca están exentos de problemas.

Lamentablemente, aun ante experiencias específicas en Latinoamérica, particularmente en Perú y Honduras, donde los DBs se han elevado a nivel legal en las leyes de obras públicas, México sigue en la completa ignorancia e indiferencia de la figura.

Cabe hacer notar que otras jurisdicciones, tales como Chile y Brasil (en donde se están utilizando para proyectos complejos como los Juegos Olímpicos de Rio 2016), están viendo el beneficio de usar la figura para privilegiar el proyecto y no los conflictos derivados de las partes.

5 CONCLUSIONES.

Como hemos hecho notar, el acotamiento de riesgos contractuales en proyectos subterráneos en México no se limita a modificar leyes, establecer cláusulas particulares o implementar herramientas específicas, sino en una “reingeniería” de todo el sistema que rodea al contrato: desde su planeación hasta la resolución de la última controversia existente.

De lo anterior que es necesario que las organizaciones especializadas en proyectos subterráneos se enfoquen no solamente a los retos técnicos de los proyectos, sino a convencer a autoridades y otros actores (tales como las instituciones financieras que directa o indirectamente participan en los proyectos) de implementar, entre otras, las medidas que señalamos, para procurar el éxito real (completamiento en tiempo, forma y con el equilibrio contractual debido) de los proyectos.

Confiamos en que los actores relevantes de la industria quieren mejorar el sistema imperante para beneficio de nuestro país.

6 BIBLIOGRAFIA

- Bastianelli, A. (2014). *Construction ADR*. USA. American Bar Association Forum on the Construction Industry.
- Carr, F. (1999), *Partnering in Construction*. USA. American Bar Association Forum on the Construction Industry.

- Chern, C. (2016). *Chern on Dispute Boards: Practice and Procedure*. London, England. Informa Law.
- Hernandez Garcia, R. (Consulting Editor) (2013). *Construction and Infrastructure Disputes. A global handbook*. Londres, Inglaterra. Globe Law and Business.
- Hernández García, R. (Coordinador) (2014). *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y Retos*. Lima, Peru. Estudio Mario Castillo Freyre. Visible en:
<http://www.comad.com.mx/sites/default/files/arts/201406dsiputeboardsexperoenciasyretos.pdf>
- Hernández García, R. (2014) *Administración contractual preventiva y Dispute Boards en proyectos de infraestructura*. México, Distrito Federal. IC Ingeniería Civil. Colegio de Ingenieros Civiles de México. Visible en:
<http://www.comad.com.mx/sites/default/files/arts/201405administracion.pdf>
- Hernández García R. (2013) *Dispute Boards en Latinoamérica: Un Futuro que ya es realidad. ¿Y México Cuando?* México, Distrito Federal. Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. Visible en
<http://www.comad.com.mx/sites/default/files/arts/201306unfuturo.pdf>
- Hernández García, R (2011) *Solución de controversias en construcción en México y Centroamérica: Avances y retos*. Revista Tecniberia. Madrid, España. Visible en:
<http://www.comad.com.mx/sites/default/files/arts/201101tecniberia.pdf>
- Hernandez Garcia, R. (2014) *“El innombrable”: una amenaza para los proyectos*. Revista Obras. México, Distrito Federal. Visible en:
<http://www.comad.com.mx/sites/default/files/arts/201401obras.pdf>
- Hernandez Garcia, R. (2012) *Whether to Choose Dispute Boards or Arbitration as the Optimal Dispute Resolution Method for Construction Projects: A Personal Perspective*. Under Construction: The Newsletter of the ABA Forum of the Construction Industry. Visible en:
<http://www.comad.com.mx/sites/default/files/arts/201209disputeboardsarbitration.pdf>
- Pickavance, K. (2000). *Delay and disruption in construction contracts*. London, England. LLP.
