

Un proyecto de construcción no debe terminar en litigio: Roberto Hernández



Roberto Hernández, socio director de la firma de abogados Corporación Mexicana de Asesores en Derecho.

Mientras países de América Latina como Brasil, Chile y Perú se esmeran en buscar alternativas legales para evitar que sus proyectos de infraestructura terminen en litigio, en México hay gran voluntad para mantener el

statu quo, una situación sin avance, lo cual es un peligro porque genera gran insatisfacción de todos los actores de la industria, principalmente de la construcción, dado que las obras se encarecen y se ponen en riesgo en perjuicio de los usuarios finales, señaló Roberto Hernández, socio director de la firma de abogados Corporación Mexicana de Asesores en Derecho (COMAD, S.C).

En entrevista con Noticolegio, el único mexicano en la lista internacional 2017 de los mejores abogados del mundo en el sector de la construcción, realizada por *Who's Who Legal*, señala que *la industria de la construcción evoluciona todos los días y es de las más litigiosas a nivel mundial, pero en México ni siquiera aceptamos que hay cosas nuevas y mucho menos las intentamos.*

En el contexto internacional, ¿cuáles son los retos legales que se avecinan para los ingenieros?

La industria de la construcción cambiará, sus regímenes y retos legales también. Como un mero ejemplo, ya se visualiza que los edificios serán construidos con impresoras 3D. Esto generará un cambio radical en los esquemas de contratación y responsabilidades para los actores de la industria.

También modificará el tema de cumplimiento de las obligaciones que en gran medida dependerá de hardware, software y elementos hasta ahora no considerados. Esto implicará un reto económico global para la industria porque será posible construir y manejar los proyectos desde un sitio distinto al de su ejecución, lo que podría inclusive disminuir la participación de la ingeniería, mano de obra y disposición de materiales locales.

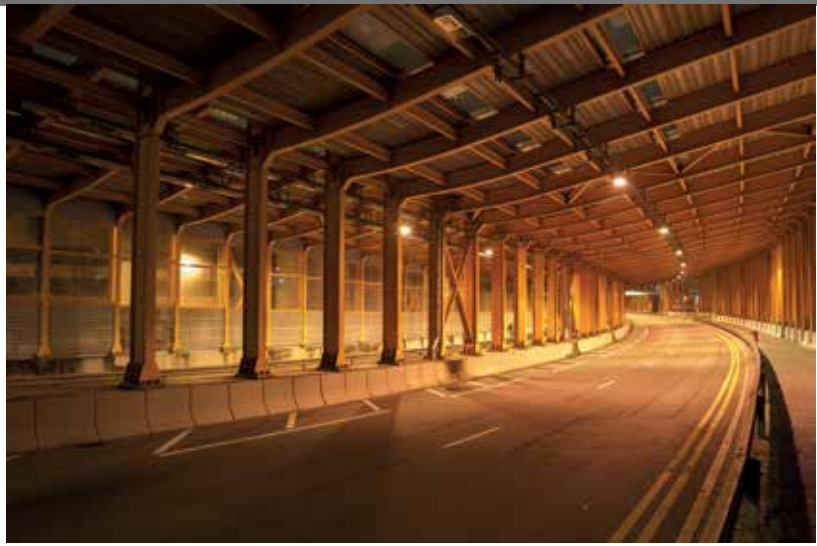
Vivimos una nueva revolución industrial, lo que hacía un ingeniero hoy lo realizan las máquinas y los programas de software. Por ejemplo, hay proyectos que se planean y supervisan en Alemania, sin haber visitado al cliente en su país de origen y de todo esto no nos enteramos en muchas ocasiones ni los ingenieros ni los abogados locales. El mundo de la construcción vive una transformación radical con las nuevas tecnologías y si no sabemos cómo tomar este reto tampoco entenderemos las grandes implicaciones económicas y legales que todo esto traerá consigo.

¿Qué está pasando a nivel internacional en la parte legal de la industria de la construcción?

Hay movimientos legales en la industria a nivel global que avanzan lentamente y que en definitiva llegarán a México.

Un tema relevante será el de la resolución de controversias, que en México no ha terminado de entenderse. En nuestro país, los desacuerdos se resuelven de dos maneras: a oscuras y mal, o por una vía formal lenta y sin un foro especializado de solución de controversias. Hay que promover que los problemas en los proyectos de la industria se resuelvan pronto. No puede ser que los asuntos tarden 5 o 6 años en solucionarse. Ya el mundo está viendo cada vez más los paneles de solución de controversias (dispute boards), la adjudicación, el arbitraje en la construcción y la formación de jueces especializados en construcción.

En el caso de los dispute boards ya varios países de América Latina los han integrado en forma exitosa. En Perú los han implementado en contratos públicos, al igual que en Honduras. En México, sin embargo, se trató de integrarlos en la reciente iniciativa de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, pero no gustó y los legisladores ni siquiera investigaron el tema.



Otro movimiento muy relevante es el de los "Contratos Modelo". Cada vez más jurisdicciones los manejan, como FIDIC, Consensusdocs, AIA, y otros. La realidad es que vale la pena trabajar en ellos para lograr contratos más balanceados en beneficio del proyecto.

También la visión global del proyecto está cambiando. Cada vez se escucha más que un proyecto de construcción de infraestructura no debe terminar en litigio, sino con una obra terminada, operable en beneficio público o de los usuarios.

Finalmente podemos hablar de la especialización mundial del Derecho de la Construcción (Construction Lawyer). Un ejemplo es la alianza de despachos especializados en derecho de la construcción e infraestructura y la contratación pública que tiene COMAD en toda América con presencia en Argentina, Brasil, Chile, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay. Se trata de Construlegal (www.construlegal.com), producto de la necesidad de los clientes de un servicio más especializado y hecho a la medida para un sector de la construcción más sofisticado y exigente.

¿Cuáles son los problemas que enfrentan los abogados y los ingenieros al trabajar juntos?

Hay un desprecio inicial del ingeniero hacia el abogado y este fenómeno es mundial. El ingeniero tiene una visión técnica y la formación de concluir proyectos. Sin embargo, la mayoría de las veces no se percata de sutilezas que traen consecuencias legales que pueden convertirse en grandes problemas.

En muchos lugares del mundo abogados e ingenieros trabajan en equipo para lograr el objetivo del proyecto, que involucra desde solicitudes de trabajo y cumplimientos hasta controversias y discrepancias en la revisión contractual. Lo recomendable es que

los ingenieros no pierdan de vista que hay muchos problemas y obligaciones contractuales en el camino, por lo que no deben percibir a los abogados especializados en el sector de la construcción como un mal necesario, sino como un recurso que los ayudará a estar preparados en caso de controversia, es decir, como socios naturales.

El ingeniero siempre debe estar involucrado con los términos jurídicos y poner atención no sólo en los temas técnicos, sino en aspectos tales como la negociación y el texto de los contratos para definir de manera clara qué deberá concretar en su proyecto.

Cada vez es mayor la necesidad de combinar el trabajo de abogados e ingenieros. Muchos ingenieros se vuelven abogados y algunos abogados se hacen expertos en temas de ingeniería de la construcción.

Es un asunto cultural: la vinculación entre ingenieros y abogados aún no se logra del todo y esto obedece en parte a que los ingenieros contratan abogados no especializados. Un abogado generalista que se dedica al litigio civil o mercantil lo primero que hará será demandar a la otra parte; quienes nos de-

dicamos a la construcción sabemos que eso no es una solución y que debemos resolver la situación del proyecto. El litigio es la última de las opciones.

Hay mucho por hacer para que la ingeniería y el derecho se amalgamen, por eso debemos vernos como disciplinas complementarias: de otra manera es posible que las cosas no salgan bien.

¿Qué es la Sociedad Mexicana del Derecho de la Construcción?

Es el capítulo mexicano de la Society of Construction Law inglesa. La Sociedad Mexicana del Derecho de la Construcción (SMDC) se creó para reunir a profesionales de varias disciplinas: ingenieros, abogados, arquitectos, contadores, etcétera. Tuvimos un inicio excelente al constituirnos con el testimonio de la Cámara Nacional de Empresas de Consultoría (CNEC), la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción (CMIC) el Instituto

Mexicano de Auditoría Técnica (IMAT), la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), el Colegio de Ingenieros Civiles de México (CICM), y el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC).

A través de SMDC nos iremos entrenando con la visión de que la construcción tenga un enfoque multidisciplinario en beneficio de los proyectos.

Creemos que solamente fortaleciendo el derecho de la construcción en los distintos ámbitos, podremos salir adelante.

¿Cuál es el talón de Aquiles del sector de la construcción en México en el área jurídica?

Me parece que el gran problema es la falta de formalidad en los asuntos, sobre todo en contratos de obra pública, y la poca convicción de los contratistas de que deben llevar una bitácora bien atendida.

También es necesario que los ingenieros lean los contratos y se cumpla con lo que se establece. Aunque los ingenieros los elaboran bien, suelen olvidar el tema y los dejan en un cajón. También ocurre que a veces el gobierno les dice "no escribas, porque no está listo el sitio, si lo haces me metes en un problema". Es una

especie de chantaje, un "mira somos cuates, no me escribas esto, porque se va arreglar al ratito" y, por otra parte, de compensación. La verdad es que el tiempo pasa y llega el momento en que ese "dame y te doy" ya no se puede cumplir.

O cuando hay compromisos políticos en los que se imponen fechas y los contratistas aceptan, a sabiendas de que no pueden cumplir esos plazos. Hay cierta informalidad en México; en otros países, especialmente en los de cultura anglosajona, están más acostumbrados a escribir, a reportar por escrito lo que pasa en un proyecto, a entender que hay conflictos y que deben solucionarse.

¿Qué opciones tienen los ingenieros para liberarse de presiones políticas?

Lo que sucede es que los ingenieros ven el asunto desde el punto de vista comercial o de relaciones



Lo que sucede es que los ingenieros ven el asunto desde el punto de vista comercial o de relaciones públicas y, a pesar de ser un sector muy grande, a la vez es pequeño.



públicas y, a pesar de ser un sector muy grande, a la vez es pequeño. Todos se conocen, han trabajado juntos en algún momento, en ciertos casos unos fueron maestros de otros, son sus aprendices o han sido socios. En la ingeniería este tipo de vinculaciones son muy comunes y por esta razón surge el conflicto de interés. Hay un momento en que debemos despersonalizar, entender la necesidad de un contrato y que las discrepancias existen en cualquier lugar. Eso cuesta tiempo y esfuerzo, pero tenemos que hacerlo en beneficio de proyectos mejor realizados.



¿Cuáles son las leyes que deben revisarse en un entorno jurídico evolutivo de la ingeniería mexicana?

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el Código Civil (vigente desde 1928) y el Reglamento de Construcción. Hemos avanzado pero los problemas van surgiendo. Siempre hay que procurar que la realidad no nos rebase. Además hay que buscar en el Sistema Nacional Anticorrupción un mecanismo para impulsar la transparencia en el sector de la construcción.

Muchos critican la Ley de Obras Públicas porque dicen que es una especie de instrumento de pago y no regula el contrato. Yo pienso que sí lo regula, pero podría perfeccionarse. Las iniciativas de reformas recientes promovidas por algunos senadores se quedan cortas y tienen repercusiones muy graves para la cadena de la industria, como el hecho de pretender una responsabilidad solidaria entre contratistas y supervisores por todos los daños y perjuicios que se generen por un periodo de 10 años.

Esto es muy negativo por la inseguridad jurídica que implica en un entorno muy subjetivo y parcial en la administración pública. Casi toda la iniciativa es una copia de la anterior y México necesita algo muy distinto. Debería ser mucho más precisa en lo referente a los contratos y establecer la diferencia entre contrato de obra y los servicios relacionados con la misma, y a la vez ser más flexible en lugar de pretender que todo quede limitado a lo que establece la ley. Que reconozca la existencia de contratos con particularidades.

Además debería incluir una provisión importante de balance contractual, de equilibrio económico en el contrato, es decir, que una parte no pierda si la otra gana injustificadamente. Además debe haber una solución de controversias muy ágil. En términos generales, poder establecer la forma de los contratos, adecuarlos a las necesidades reales. Hoy en día la ley es muy general, pero sigue siendo muy restrictiva para las soluciones.

Por ejemplo, hay contratos que por alguna razón se pactaron en pesos mexicanos, pero los insumos son en dólares y ya no es posible cambiarlos. Pero si el contratante fuera el gobierno, éste hubiera tenido que pagar la diferencia en el tipo de cambio.

También es muy importante modificar el Código Civil Federal porque en lo referente al contrato de obra sólo contempla la construcción a precio alzado. Podría ser mucho más benéfico si reconociera los contratos de obra y sus diversas modalidades. Esto es importante porque regula propiedad privada y también suple, en su caso, a la Ley de Obra Pública.

Por ejemplo, el contrato de la Línea 12 del Metro tenía como supletorio el Código Civil Federal. Fue un contrato a precio alzado, pero las soluciones que ofreció el Código Civil para un proyecto como este son absolutamente arcaicas e imposibles de lograr porque ya no son prácticas, sin dejar de aceptar que este Código es muy bueno en lo referente a obligaciones y contratos en general. 🚫