

Link: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2023/01/31/911953/contratos-colaborativo.aspx>

.. .Es imprescindible un estudio más profundo y una difusión adecuada entre los actores relevantes, de las características, ventajas y también de los problemas que implica adoptar un modelo contractual colaborativo para el desarrollo de sus proyectos.

Se trata de pasar de los ya existentes 'deberes de colaboración' a la creación de 'instancias de colaboración' en la industria de los proyectos y la construcción.. ." Los denominados "contratos colaborativos" han pasado a ser un tema recurrente en distintos foros, especialmente en aquellos dedicados a contratos complejos y de larga duración, como los de infraestructura. El problema parece ser que, más allá de las buenas intenciones, existe poca claridad conceptual respecto de qué es, precisamente, un contrato colaborativo.

Se escucha repetidamente que en este tipo las partes deben "tener una actitud de permanente colaboración", "tener en cuenta los intereses de la otra parte", "comportarse de buena fe", "evitar litigios mediante mecanismos alternativos de resolución de conflictos", entre otras. Para ello, el contrato debiese contener una "justa" distribución de riesgos, señalar expresamente que ambas partes se comportarán de buena fe y establecer deberes u obligaciones de colaboración, usualmente de carácter genérico. Sin duda, todo lo anterior es necesario, pero claramente insuficiente para configurar un verdadero contrato colaborativo.

Incluso, en un sistema jurídico de derecho civil, como el nuestro, podríamos decir que son cuestiones más bien superfluas: es indiscutible que las partes siempre tienen el deber de comportarse de buena fe y hace ya bastante tiempo que la doctrina y los tribunales han reconocido la existencia de diversos deberes de colaboración para los contratantes.

En suma, el simple establecimiento de deberes de buena fe o de colaboración no hace que un contrato pase de ser "tradicional" a "colaborativo". ¿Qué son, entonces, los contratos colaborativos? Se puede decir que son una categoría contractual, donde el denominador común es la existencia de instancias formales y exigibles de cooperación, manifestadas no solo en derechos y obligaciones recíprocas de colaboración, sino en la estructura de gobernanza del proyecto, lo que implica compartir, en un grado menor o mayor, el riesgo del proyecto. Si bien se trata de una tipología dinámica, encontramos en esta categoría, por ejemplo, a contratos como los Integrated Project Delivery (IPD), Partenering, Alliancing, o incluso algunas formas de EPC.

Sin perjuicio de sus particularidades, los contratos colaborativos comparten ciertas características comunes: - La relación entre las partes se inicia en etapas tempranas de desarrollo del proyecto, donde el dueño o mandante, los ingenieros, arquitectos, contratista principal y proveedores críticos trabajan en conjunto para determinar los aspectos esenciales del proyecto: diseño, cadena de suministros, costos, programa de ejecución, entre otros. Ya que los participantes intervienen en la etapa temprana de diseño, pueden contribuir a la definición de las especificaciones y metodologías para lograr la ejecución del proyecto, según los requerimientos del mismo.

La idea es que el proyecto no se corrija una vez licitado o adjudicado, sino que se desarrolle en atención a las correcciones que cada participante ha formulado durante la etapa de diseño. - La existencia de un sistema de gobernanza contractual compartido entre las partes, en que todas participan con voz y voto en las decisiones de ejecución del proyecto.

Ello requiere contar con un sistema de alertas tempranas (early warnings) y un alto grado de transparencia entre las partes (open book). - Entendiendo que se trata de un proyecto que se ejecuta conjuntamente, es usual que las partes renuncien a ejercer acciones de responsabilidad contractual en contra de los demás participantes (no-fault o no blame, no disputes clauses). Con la salvedad de la culpa grave o el dolo, estas cláusulas impiden el ejercicio de acciones por incumplimiento, motivando que las partes busquen resolver sus conflictos de manera conjunta durante la ejecución del proyecto. - El hecho de compartir el riesgo entre todos los actores, en lugar de distribuirlo entre ellos, se traduce también en fórmulas de precio distintas a las tradicionales, las que incentivan el trabajo conjunto en beneficio del proyecto y premian a todos cuando se obtienen los resultados esperados (por ejemplo, ahorros). Aunque las fórmulas varían, ellas incluyen una parte variable vinculada al logro de los objetivos del proyecto (gain share/pain share payment). Por ello, un contrato a suma alzada, en que el mandante pretenda transferir todos los riesgos al contratista, difícilmente podrá ser considerado como "colaborativo", por más declaraciones de buena fe o de cooperación que contenga. Se trata de un resumen básico y seguramente incompleto.

Pero es suficiente para mostrar que un contrato colaborativo requiere de las partes mucho más que declaraciones generales de buena fe o colaboración, las cuales además, como se mencionó, son en la mayoría de los casos superfluas en nuestro derecho contractual.

El tránsito hacia una verdadera contratación colaborativa implica la adopción y comprensión de fórmulas de gobernanza contractual, distribución de riesgos y estructuras de precios, que requieren de una industria sofisticada, y de cambios culturales importantes en mandantes y contratistas.

Para ello, es imprescindible un estudio más profundo y una difusión adecuada entre los actores relevantes, de las características, ventajas y también de los problemas que implica adoptar un modelo contractual colaborativo para el desarrollo de sus proyectos.

Se trata de pasar de los ya existentes "deberes de colaboración" a la creación de "instancias de colaboración" en la industria de los proyectos y la construcción. * Rodrigo Momberg es profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica de Valparaíso (PUCV) y director legal de Clyde & Co Chile. ** Esta columna se enmarca en la ejecución del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200734, sobre contratos de larga duración.

