

# FACTS ABOUT

## Los contratos de alianza

ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN DE LA IADC - NÚMERO 4 - 2008

### ¿QUÉ ES UN CONTRATO DE ALIANZA?

Un contrato de alianza es, desde el punto de vista jurídico, un contrato como cualquier otro. La esencia de un contrato de alianza radica más en el proceso que en el contrato formal. La base descansa en el enfoque diferente de la cooperación entre clientes y contratistas. Los contratos de alianza se sustentan más en la confianza que en la desconfianza, aunque sigue siendo necesaria la existencia de un contrato claro y transparente que respalde este espíritu de confianza. Este tipo de contrato busca el alejamiento del enfoque tradicional de “confrontación” en que las partes son ante todo competidoras. Los contratos de alianza implican un proceso de colaboración cuyo objetivo es promover la transparencia, la confianza, la asunción compartida de riesgo y responsabilidad y la alineación de intereses entre clientes y contratistas. La atención se centra en la mejor disposición para la entrega del proyecto en lugar de en los intereses propios, típicos de los contratos tradicionales.

### ¿CUÁL ES LA ESTRATEGIA DE UN CONTRATO DE ALIANZA?

Los contratos de alianza requieren una estrategia diferente de la de los contratos tradicionales. En una fase previa del proyecto, las partes buscarán alinear sus intereses (comerciales) y evitar escenarios de ganador frente a perdedor. Aceptarán una responsabilidad colectiva frente a riesgo, rendimiento y resultado (asunción compartida de ganancias/penalizaciones) y evitarán una cultura de culpabilidad. Asimismo, las partes iniciarán en la fase más temprana posible la formación de equipos integrados para desarrollar estrategias de las que se beneficiarán ambas partes y el progreso del proyecto.

### ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA UN CONTRATO DE ALIANZA DE UN CONTRATO TRADICIONAL?

Ante todo, la diferencia entre los contratos de alianza y los contratos tradicionales de “confrontación” reside en la premisa fundamental del contrato.

La industria de dragado, y lo mismo puede decirse de la industria de construcción en general, tiene que velar por sus

intereses comerciales para sobrevivir y prosperar. La protección de estos intereses absorbe una enorme proporción de energía intelectual y profesional. Los imperativos comerciales pueden desviar la capacidad de la industria de dragado de las operaciones de dragado. Esta desviación de capacidad, inteligencia, atención y energía alejándolas de la creación del proyecto supone una falta importante de eficiencia. Esta actitud de ganador frente a perdedor conduce a una asignación ineficaz de recursos intelectuales y profesionales. Las formas tradicionales de contratación hacen que las partes adopten un comportamiento defensivo que da lugar a relaciones de confrontación y, por lo tanto, a una dirección incorrecta de esfuerzos. Los contratos de alianza eliminan la necesidad de desviar los esfuerzos hacia la protección de los intereses comerciales mediante la búsqueda de una coincidencia de los imperativos comerciales. Esta alineación posibilita la gestión conjunta de los riesgos y el proyecto como un todo y se traduce en un proceso más eficaz.

Un ejemplo de cómo funciona la coincidencia de intereses es el siguiente: normalmente, el contratista se beneficia de la mayor duración de un proyecto, mientras que el cliente se beneficia del mayor adelanto posible de la entrega. En un contrato de alianza, las partes pueden acordar una bonificación por un adelanto de la entrega, con lo que ambas tendrán el mismo interés, es decir, la entrega rápida del proyecto.

### ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA UN CONTRATO DE ALIANZA DE UNA ASOCIACIÓN?

La asociación no es en sí un contrato. El desarrollo de una carta de asociación puede ser paralelo al de un contrato tradicional proporcionando directrices a la relación entre los distintos socios. Las alianzas se suelen ver como una consecuencia natural de las relaciones de asociación que desembocan en contratos de cumplimiento legal.

### ¿CÓMO ES EL PROCESO DE ESTABLECIMIENTO DE ALIANZA?

El proceso de adjudicación de un contrato de alianza es muy similar al de un proceso de adjudicación tradicional. En un proceso de adjudicación normal, la calificación previa de

cuatro a seis socios de alianza se otorga en función de las respuestas a los documentos de Manifestación de Interés (EOI). A continuación, se realizan entrevistas a estas partes, tras lo cual se seleccionan dos contratistas. Después de la realización de nuevas entrevistas más detalladas, cuestionarios, visitas a los locales y/o referencias de terceros, se realiza la selección final y se firma un Acuerdo Provisional de Alianza de Proyecto (IPAA). Sobre la base del proyecto de IPAA, comienza la fase de planificación, diseño e investigación. Esto se traducirá en un Cálculo de costes objetivo (TCE). Tan pronto como las partes se pongan de acuerdo en el TCE, el contrato se podrá firmar y la alianza será oficial.

### ¿CUÁL ES LA FORMA DE UN CONTRATO DE ALIANZA?

La primera parte en particular de un contrato de alianza se diferencia claramente de un contrato de “confrontación” tradicional, ya que las partes contratantes determinan los principios de alianza y los compromisos de buena fe, se establece un comité de alianza y se adoptan disposiciones de evitación de conflictos. Los contratos de alianza contendrán en la medida de lo posible acuerdos contractuales que acerquen a las partes en lugar de separarlas.

Si se produce un cambio importante de ámbito o de dirección en el proyecto de dragado, el comité de alianza puede decidir el ajuste del TCE, que es la base de la asunción compartida de ganancias/penalizaciones. Una ausencia notable en los contratos de alianza son los plazos firmes y las obligaciones en materia de costes. Además, la responsabilidad está limitada al dolo. Un contrato modelo de alianza puede incluir las siguientes categorías de documentos:

- Un acta de acuerdo que defina los términos y condiciones del acuerdo;
- Anexos que contengan los requisitos del proyecto por parte del cliente;
- Programas en que los licitadores coloquen sus respuestas a los requisitos del proyecto por parte del cliente;
- Condiciones generales del contrato; y
- Especificaciones técnicas.

En el contrato, los componentes no financieros tales como la administración y los planes medioambientales, comunicación e higiene y seguridad en el trabajo, pueden modificarse para adaptarse a las necesidades específicas del proyecto. El acuerdo comercial puede modificarse para que se reflejen las disposiciones de asunción compartida de ganancias y penalizaciones así como los indicadores clave del rendimiento.

El autor del contrato modelo determinará cómo se han de distribuir entre contratista y cliente los riesgos del diseño y la construcción del proyecto. Esta distribución se puede volver a examinar durante la fase de evaluación y

modificación de ofertas con el fin de reflejar la distribución preferida de riesgos por parte del contratista. En un contrato de alianza también pueden encontrarse todos los elementos básicos de un contrato tradicional, solo que menos detallados y con una forma diferente de asignación de riesgos.

### ¿CUÁLES SON ALGUNAS DE LAS CARACTERÍSTICAS DE UN CONTRATO DE ALIANZA?

Los contratos de alianza no tienen la estructura formal de un contrato y hasta el momento no son una forma muy común. Sin embargo, su esencia se puede entender fácilmente. Un contrato de alianza no se basa solamente en cláusulas legales; consideraciones no legales como la confianza, la transparencia y una mentalidad constructiva y de colaboración también desempeñan un papel importante.

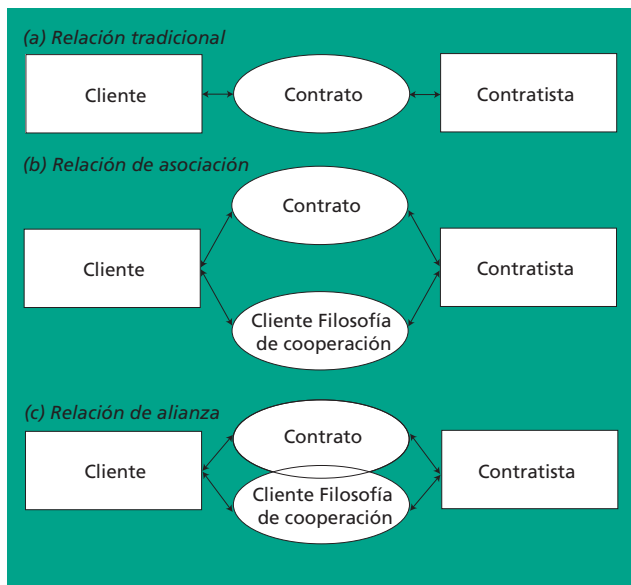
De hecho, la elección de la forma de un contrato es menos importante de lo que pudiera parecer. Si las partes comparten una actitud constructiva y de colaboración desde el principio, la mejor forma del contrato debe provenir de ese planteamiento.

### ¿PLANTEAN LOS CONTRATOS DE ALIANZA EL PELIGRO DE DESEMBOCAR EN CONFLICTO?

Trabajar bajo un contrato de alianza no tiene por qué conducir a conflicto o confusión, aunque en el contrato se pone mucho menos énfasis en consideraciones legales y en obligaciones de plazo y costes de lo que se podría esperar tradicionalmente. El conflicto se evita definiendo la naturaleza y la extensión de la cooperación en una fase temprana del proyecto y estableciendo un comité de alianza eficaz que, siempre y cuando sea necesario, pueda intervenir como mediador para salir del punto muerto.

### ¿SON LOS CONTRATOS DE ALIANZA MÁS COMPLEJOS Y DEMANDAN MÁS TIEMPO?

Los contratos de alianza no pueden funcionar sin un verdadero espíritu de cooperación. Esto significa que las partes tienen que invertir en una comunicación mejor y más frecuente, lo que podría parecer un aspecto negativo. Sin embargo, por el contrario, esta inversión en comunicación frecuente suele significar un ahorro de tiempo en otras áreas. Por ejemplo, el cliente y el contratista trabajan mucho más estrechamente como equipo y son mucho menos competidores, especialmente desde que estos equipos se crean en la fase temprana del proyecto. Además, el comité de alianza desempeña un papel importante en la atenuación de conflictos y el incremento de la eficacia.



Representación gráfica de las diferencias entre las relaciones de alianza, de asociación y tradicional. Basada en el dibujo de Tang, Duffield y Young.

### ¿CUÁL ES EL PAPEL DEL COMITÉ DE ALIANZA?

Tradicionalmente, todas las incertidumbres de los proyectos de dragado se abordan en el contrato. Por lo tanto, los contratos suelen ser muy detallados y no hay mucho lugar a la flexibilidad. Los contratos tradicionales suelen ser producto de un largo y difícil proceso de negociaciones y, por consiguiente, las partes son reacias a volver a abrirlos.

En cambio, un buen contrato de alianza tiene un instrumento fundamental para promover el espíritu de cooperación necesario para que a dicho contrato le acompañe el éxito: el comité de alianza. El comité de alianza tiene la misión de entregar el proyecto de acuerdo con los objetivos acordados. Muchas de las decisiones de este comité se adoptarán en la fase de planificación pero otros se adoptarán durante la ejecución.

Los contratos de alianza son mucho menos detallados y dejan la adopción de muchas de las decisiones al comité de alianza. Por lo tanto, las decisiones suelen tomarse en un momento más apropiado, cuando se dispone de información adicional, información que podría no haber estado disponible en el momento de la firma del contrato. Los contratos tradicionales suelen contener disposiciones que resultan no ser realistas según progresa el proyecto. Lleva tiempo convertir en correctos estos falsos supuestos y este tiempo se ahorra cuando las decisiones se toman en el momento oportuno. Los contratos de alianza deben tener suficientes disposiciones, controles y medidas compensatorias que eviten que el espíritu de cooperación se convierta en una visión limitada.

### ¿CÓMO SE RESUELVEN LOS LITIGIOS?

En una alianza, el cliente y el contratista se exoneran recíprocamente de toda responsabilidad excepto en el caso de "dolo". Los litigios deben resolverse de forma amistosa en el comité de alianza, aunque en ocasiones (no en un contrato de alianza "puro") se haya designado un mediador final para salir del punto muerto. En este caso, la filosofía es que en lugar de emplear tiempo y energía en imputar culpas, el mejor enfoque es que las partes trabajen de forma cooperativa para superar el problema tomando como base la rentabilidad. De forma similar, el proceso de diseño, una vez libre de problemas de reparto de responsabilidad, tiene la oportunidad de ser más innovador, iterativo y cooperativo.

### ¿CONDUCEN LOS CONTRATOS DE ALIANZA A UNA FORMA DIFERENTE DE ASIGNACIÓN DE RIESGO?

Los contratos tradicionales reconocen formas diferentes de asignar (las responsabilidades de) los riesgos y lo mismo sucede con los contratos de alianza. Incluso puede decirse que los contratos de alianza tienden más a la asunción compartida de riesgos y menos a la asignación de riesgos a una de las partes. Esta es la consecuencia lógica de la cooperación en las fases tempranas de un proyecto. La cooperación en estas fases también proporciona la posibilidad de un análisis de riesgos previos. Este tipo de análisis es una condición necesaria para atribuir los riesgos a una de las partes, preferiblemente la parte que puede gestionarlos.

### ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES VENTAJAS DE LOS CONTRATOS DE ALIANZA?

Los contratos de alianza pueden reducir la amenaza de litigios mediante un planteamiento de mayor cooperación entre promotores y contratistas, lo que proporciona varias ventajas:

La mayoría de los riesgos permanecen dentro de la alianza que ha incluido una disposición al respecto en el TCE. El contratista tiene derecho a que se le reembolsen todos los costes directos incluso en el caso de retrasos, negligencia, sobrecostes o diseño defectuoso.

Es probable que muchos contratistas presenten ofertas en proyectos debido a la exposición compartida de responsabilidad y a una mayor posibilidad de evitar y abordar los aumentos de costes y los riesgos de retraso.

En principio, el proceso de diseño puede ser más innovador y cooperativo si está libre de problemas de reparto de responsabilidad.

### ¿CUÁLES SON LAS DESVENTAJAS?

En la mayoría de los contratos de alianza hay una ausencia manifiesta de obligaciones de plazo y coste; la atención se

centra en el resultado, por ejemplo en la entrega del proyecto, y menos en la vía que conduce al resultado. Esto conlleva un grado de incertidumbre acerca de los presupuestos y las fechas de entrega. Si un proyecto tiene un plazo de finalización o un presupuesto inflexible, un contrato de alianza podría dar lugar a problemas relevantes. Desafortunadamente, pero también comprensiblemente, la industria de dragado se enfrenta la mayoría de las veces a plazos de finalización o presupuestos inflexibles. Los organismos públicos, que suelen ser los clientes de estos proyectos, no tienen en general libertad para contratar proyectos con plazos de finalización o presupuestos abiertos.

La organización de un contrato de alianza también puede ser mucho más difícil si hay más de dos partes implicadas. Cuando hay tres o más partes, es fácil que un comité de alianza sea imposible de gestionar. Por lo tanto, puede que las partes prefieran un contrato tradicional con todas las certezas habituales. Además, las terceras partes comprometidas con un contrato de alianza existente puede que deseen tratar solo con el contratista o el cliente, pero no con ambos. En un contrato de alianza, tres partes pueden ser realmente multitud.

La implicación de un tercero puede incluso derivar en un conflicto de intereses. Actualmente, la voluntad de trabajar en una alianza puede ser uno de los criterios de selección para un contrato de construcción. Pero, debido a las obligaciones derivadas de las relaciones con terceros, la formación de un contrato de alianza puede resultar difícil.

### ¿PUEDEN FINANCIARSE LOS CONTRATOS DE ALIANZA?

A primera vista, las deficiencias de un contrato de alianza en cuestiones tradicionales de “financiabilidad”, como la seguridad de plazo y coste, parecen ser críticas. No obstante, los bancos aceptan cada vez más el concepto de contrato de alianza. Por este motivo ellos confían en:

- Diligencia debida reforzada: no solo en cuestiones técnicas y de ingeniería, sino también, y tal vez con mayor importancia, en el historial de los participantes en materia de alianza. ¿Tienen la competencia, el personal y los sistemas necesarios, además de un auténtico compromiso, para que funcione?
- Estructura de financiación: tiene que estar preparada para abordar sobrecostes razonablemente previsibles con diversos medios, como por ejemplo:
  - Más patrimonio, o recursos propios contingentes, en forma de compromisos de reserva de patrocinadores activados por retrasos o sobrecostes, o incluso garantías de buen término de patrocinadores; y
  - Líneas de crédito para sobrecostes, normalmente con un margen superior y reembolsable mediante “cash sweep” (barrido de caja).

- El propio contrato de alianza contendrá atenuantes como:
  - Un mecanismo de asunción compartida de ganancias y penalizaciones con el objetivo de una alineación de intereses comerciales;
  - Un proceso razonablemente prescriptivo para subcontratación y aprovisionamiento directo;
  - Una disposición de “competencias reservadas” en virtud de la cual los temas concretos de preocupación (por ejemplo, especificaciones funcionales o de resultados y emergencias) se aborden fuera de la jurisdicción del comité de alianza y se coloquen bajo el control exclusivo del cliente; y
  - Los bancos preferirán en general que un mediador se pronuncie sobre una falta de acuerdo prolongada del comité de alianza acerca de un problema material.
- Seguro: El seguro de responsabilidad profesional en particular necesitará una redacción especial para su puesta en vigor a pesar de la exoneración del contratista por negligencia y diseño defectuoso.

### ¿SON SIEMPRE LOS CONTRATOS DE ALIANZA LA MEJOR OPCIÓN?

Los contratos de alianza no son en absoluto la única forma de contrato en el futuro. Probablemente, los contratos tradicionales sigan siendo la forma más apropiada de contrato para trabajos sencillos, a pequeña escala y a corto plazo. En esos casos, los contratos de alianza pueden ser un exceso, ya que necesitan tiempo, energía y dedicación para tener éxito.

Además, no todas las partes pueden adoptar fácilmente el espíritu de confianza y de cooperación que es fundamental para que un contrato de alianza dé el mejor resultado. Los clientes o los contratistas que se sientan más seguros con un contrato legal perfectamente definido y sin demasiadas consideraciones no legales (“Prefiero un contrato bueno y válido por si las cosas van mal”), es preferible que trabajen de acuerdo con una forma tradicional de contrato. Sin embargo, para los proyectos complejos a gran escala que requieran una planificación y una ejecución a largo plazo, los contratos de alianza proporcionan una oportunidad única de trabajar de una forma rentable y que pueda presentar una situación muy beneficiosa tanto para el contratista como para el cliente.

### LECTURA E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

Athmer, J., Hamer, B., Kersley, T. and Sanderson, P. (2005). “Partnering: The Right Procurement Tool for Risky Contracts”. *Terra et Aqua*, nr. 98, March.



**International Association of Dredging Companies**, PO Box 80521, 2508 GM The Hague, The Netherlands  
tel. +31 (0)70 352 3334, fax +31 (0)70 351 2654, e-mail: [info@iadc-dredging.com](mailto:info@iadc-dredging.com), [www.iadc-dredging.com](http://www.iadc-dredging.com)

*EIC Blue Book on Sustainable Procurement* (2004). European International Contractors (EIC), Berlin, Germany.

*EIC White Book on BOT/PPP* (2003). European International Contractors (EIC), Berlin, Germany.

Hardacre, Guy and Chester, Frank. "Pevensey Bay Sea Defences P.P.P. 'The Contractors Perspective'". The Environment Agency. May 2001.

*Improving the Quality of Construction. A guide for actions* (2004). Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), Geneva, Switzerland.

Jackson-Robbins, Adrian (1998). *Selecting contractors by value*. Construction Industry Research and Information Association (CIRIA), London, UK.

Janssen, Stephanie (2008). "Conceptual Model For Partnering In Dredging Industry," *Terra et Aqua*, nr 113, December.

Lenard, D, Bowen-James, A., Thomson, M. and Anderson, L. (1996). *Partnering –Models for success*, Construction Industry Institute Australia (CIIA).

Tang, W., Duffield, C.F. and Young, D.M. (2006). *Partnering Mechanism in Construction: An Empirical Study on the Chinese Construction Industry. Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 132 No. 3, pp. 217-229.

Tanis, M. and Vergeer, T. (2008). "Long-Term Coastal Defence And Management At Pevensey Bay, UK: A Public Private Partnership". *Terra et Aqua*, nr 113, December.

En [www.iadc-dredging.com](http://www.iadc-dredging.com) encontrará otros enlaces a literatura relevante sobre dragado. Haga clic en IADC Activities.

Este folleto lo presenta la Asociación Internacional de Empresas de Dragado IADC (International Association of Dredging Companies), cuyos miembros ofrecen la máxima calidad y profesionalidad en operaciones de dragado y obras marítimas. La información presentada en este folleto forma parte del esfuerzo continuo por ayudar a clientes y otras instancias a comprender los principios fundamentales de las operaciones de dragado y las obras marítimas.