

LECCIONES APRENDIDAS DEL COVID-19 Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN PROYECTOS. QUÉ OCURRIÓ. QUÉ VIENE. QUÉ HACER.



URZÚA I MATUTE
ABOGADOS

E L 2021 COMIENZA. El COVID-19 movió el piso de la industria, que ya venía movido por octubre de 2019. Lo movió, sea por colocar en el congelador ciertos proyectos no iniciados, por afectar aquellos en ejecución o por modificar las regulaciones contractuales habituales para aquellas suscritas con posterioridad a febrero de 2020. Ahora bien, determinar si el COVID-19 tuvo un efecto positivo en la forma en que se abordan las disputas mandante-contratista es precisamente aquello que, con calma, deberá determinarse en el momento oportuno que, todavía, no llega. Está todo muy líquido.

Sobre ello, el número y/o entidad de disputas resueltas sin arbitraje/litigación no da respuestas concluyentes. Muchos mandantes aceptaron reclamaciones de extensión de plazo y costos, sin que concurren los requisitos para ello o, al menos, no de modo total. Lo imperioso de comenzar a producir (y su comparativo con no hacerlo y disputar al contratista que quiere detener trabajos), el análisis pérdida/beneficio entre sanciones aguas arriba (sean multas de la autoridad, en los proyectos que aplicase, sean penas contractuales de lenders o clientes finales) versus el pago de la reclamación, además de un disputado análisis de quién debe hacerse cargo de los costos de protección de los trabajadores, llevó a esa actitud de ciertos mandantes. De otro lado, muchas reclamaciones sólidas de contratistas (por ejemplo, en contratos en que la fuerza mayor expresamente paga) fueron negociadas a la baja, por la necesidad de flujo de caja y para no afectar el resultado financiero del Contrato, sea en cuanto tal, sea en el portfolio. A veces UF 100.000 el 2025 son menos ne-

cesarias y/o atractivas que UF 50.000 en estos momentos. Asimismo, la petición de precio de venta de parte de contratistas, en vez de costo empresa, tampoco ayudó a acercamientos reales y no forzados. Otro tanto aplica a la usual mirada de mandante y contratista, a veces binaria, de la "relación a largo plazo para futuros proyectos", siempre usada de uno u otro lado en la mesa, sea por un mandate recurrente, sea por un contratista asociado a servicios de poca oferta (por ejemplo, los referidos a la construcción de plantas de proceso de salmónes). En el ir y venir de todo ello estuvieron los conceptos de cambio de ley, fuerza mayor, imprevisión, alteración de condiciones de borde, desnaturalización del Contrato, frustración del fin y otros tantos que la mente ingenieril y legal pudieron y/o debieron sostener.

Por ende, en su momento habrá que ver si fue en verdad o no el 2020 un año de la colaboración, dado que es complejo entender como colaboración el dar más o menos plazo, o pagar de más y/o de menos, por razones más bien internas e interesadas de empresa. O sea, las razones que estuvieron detrás de la no judicialización de las controversias no necesariamente tuvieron que ver con el modo ortodoxo que correspondía enfrentar el COVID-19. En otras palabras, las lecciones aprendidas debiesen venir de los asépticos análisis del tema, no de aquellos con intereses en la mesa.

¿Y qué se viene? Esencialmente, que se resuelvan de modo arbitral/judicial las disputas pendientes. Arbitrajes /litigios en que se definirá, realmente (al menos en verdad procesal) el cómo se entenderá el COVID-19 a la luz del precio, plazo y alcance de los contratos de la industria, de modo general y en el marco de cada preciso tipo de contrato, actor de la industria y

tipo de proyecto. Probablemente, nuevamente veremos los problemas (o bien, los beneficios) de una adecuada o inadecuada trazabilidad y la presencia o ausencia de evidencia contemporánea, suficiente y útil en que tanto aciertan (y fallan) grandes protagonistas de la industria por concentrarse en trabajar. Lo cual, si bien es correcto, a la vez lleva a olvidarse de trazar y, en cambio, pasar por alto que, en ciertas ocasiones, las cosas pueden salir mal.

¿Qué falta? Lo de siempre. Un análisis después de cada proyecto (basado en dato, no en relato o intuiciones, y desde los hechos a la conclusión, no al revés), de por qué se generó la disputa, de si debía o no objetivamente accederse al reclamo y, en su caso, por qué se accedió o rechazó siendo por el contrario improcedente o legítimo, respectivamente. Sólo así se logrará el objetivo de sacar reales lecciones aprendidas y basados en dato, no en el clásico "así lo veo yo", "me parece que", "lo hicimos igual que en". Esos análisis sólo conducen a nuevos proyectos plagados de reclamaciones mal resueltas o, en su caso, sin conciencia de que se resolvieron de tal o cual manera por razones comerciales más que contractuales/técnicas, generando, al final del día, más sobrecostos, problemas e incertezas. El COVID-19 es una oportunidad para tomar el camino correcto y hacer un análisis profundo de la realidad de la relación mandante-contratista, no de lo que creemos es o queremos que sea. No podemos dejar pasar esta oportunidad y, en cambio, ante eventos complejos, volverlos a responder de modo simplista y sin mirada de pasado, presente y futuro. Lo óptimo es una mirada de big picture y viendo la realidad, no lo que en nuestras cabezas de mandante o contratista nos creamos, para entender si el proyecto cumplió (o no) todos sus objetivos. ■