

INCUMPLIMIENTOS EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN A SUMA ALZADA EN CHILE; CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN AL AUMENTO DEL COSTO Y LA EXTENSIÓN DEL PLAZO DE LAS OBRAS

PABLO CORREA FERRER y BENJAMÍN GARCÍA MEKIS
Abogados*

Incumplimientos en el contrato de construcción a suma alzada en Chile; criterios jurisprudenciales en relación al aumento del costo y la extensión del plazo de las obras

Se examina el contrato de construcción en su modalidad a suma alzada; sus elementos distintivos y aspectos que constituyen el principal foco de los conflictos que se ventilan ante la justicia ordinaria o jueces árbitros. Se revisa la aproximación jurisprudencial de los principales asuntos que suscitan diferencias entre las partes durante la ejecución del contrato a suma alzada.

Breaches of Lump Sum Construction Contracts in Chile. Jurisprudential criteria related to Increase Costs and Extension of Time for the Works

An examination is conducted of the construction contract entered into as a lump sum; its distinctive elements and aspects that make up the main focus of the conflicts that are being thrashed out in the Chilean courts of law or among arbitration judges. A jurisprudential approximation is looked into regarding the main matters that have led to differences between the parties during the execution of a lump sum construction contract.

PALABRAS CLAVE

Contratos de construcción, a suma alzada.

KEY WORDS

Construction contracts, lump sum contracts.

Fecha de recepción: 18-1-2016

Fecha de aceptación: 1-2-2016

1 · INTRODUCCIÓN

1.1 · El contrato a suma alzada como instrumento habitual para servir a los intereses del mandante y la constructora

La infraestructura es un factor esencial para mejorar la productividad y calidad de vida de los países y sus habitantes. La realización de avances en esta materia constituye un desafío que han asumido, sin excepción, los últimos gobiernos en nuestro país y también otros actores relevantes en el sector privado.¹

Luego, entre las distintas formas jurídicas sobre las que se estructuran los contratos de construcción, la de *suma alzada* es la más común.

Una destacada profesora —que comparte la nacionalidad española de esta revista— conceptualiza los contratos *a suma alzada* como aquellos “en los que la obra se realiza a cambio de un precio global, asumiendo el contratista el riesgo derivado de una valoración errónea de las cantidades de obra que resulten finalmente ejecutadas”.² Se caracterizan porque una de las partes (propietario o mandante) encarga la realización de una obra material a otra (constructor o contratista) que la dirige, ejecuta y administra hasta su total terminación a cambio de un precio cierto, global y único, aportando trabajo y materiales.³

* Pablo Correa Ferrer es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesor de Derecho Procesal de la misma Universidad, Master en Derecho (LLM) en *Litigation and Dispute Resolutions* del University College of London. Es asociado senior en el área de resolución de conflictos (arbitrajes) en Philippi, Prietocarrizosa & Uría. Benjamín García Mekis es abogado de la Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho por la Universidad de Chile y Master en Derecho (LLM) en Duke University (Durham, NC, USA). Es asociado senior en el área de resolución de conflictos (judicial) en Philippi, Prietocarrizosa & Uría.

1 En este sentido, véase: (i) Ricardo Lagos Escobar: “La infraestructura en el desarrollo de Chile”, www.ricardolagos.org, entrada de 26 de junio de 2015 y “Programa de Gobierno” 2000-2006, p. 6; (ii) Michelle Bachelet Jeria: Programa de Gobierno 2006-2010, pp. 25, 63 y 84; Programa de Gobierno 2014-2018, p. 76 y ss.; y, “Discurso al anunciar Cartera de Inversiones y Concesiones en Infraestructura pública”, Aeropuerto Internacional de Santiago, 3 de julio de 2014; (iii) Sebastián Piñera a Echenique: Programa de Gobierno 2010-2014, p. 36; e “Infraestructura para un Chile desarrollado”, Revista Capital N°412, 24 de diciembre de 2015 al 22 de enero de 2016; (iv) Cámara Chilena de la Construcción: “Balance de la infraestructura en Chile, Análisis de la Evolución sectorial y proyección 2010-2014”, p. 8.

Benjamín García Mekis es abogado de la Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho por la Universidad de Chile y Master en Derecho (LLM) en Duke University (Durham, NC, USA). Es asociado senior en el área de resolución de conflictos (judicial) en Philippi, Prietocarrizosa & Uría.

2 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2014, Vol. 6, N° 1, p. 205.

3 PRADO PUGA, Arturo: “El Contrato General De Construcción, y en especial la modalidad Epc y sus principales características”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 41 N°2, 2014, p. 767.

Así, los riesgos y obligaciones de cada parte en este tipo de contratos quedan perfectamente delineados.

Para el mandante o propietario la obligación principal será la de pagar el precio acordado; obligación de dar y de resultado, de modo que una vez perfeccionado el contrato y salvo casos de fuerza mayor, el mandante estará obligado al pago del precio en la forma acordada y, en consecuencia, cargará con todos los riesgos relacionados al financiamiento del proyecto. En consecuencia, el propietario asume el pago de un precio único e invariable, pero cuenta con la ventaja de conocer de forma anticipada el monto final, por ello el contratista debe “[P]rever inicialmente y en forma realista sus precios en función del riesgo que acepta asumir y de la realidad del mercado [...]”.⁴

Respecto del contratista, éste asume una especie de obligación global, también de hacer, consistente en la ejecución de las obras que satisfacción del interés que el mandante le ha confiado, es decir, una obligación también de resultado como la que contrae su mandante.⁵ Típicamente esta obligación implica, por un lado, la ejecución de las obras conforme a las reglas legales, contractuales y técnicas, aportando tanto los materiales como el trabajo y, por el otro, la entrega de la obra en un estado que satisfaga lo proyectado por el mandante. De esto se sigue que, junto al riesgo por los materiales, “[e]l riesgo de mayores costos y de pérdida del trabajo realizado, por cualquier causa” pertenecen al constructor.⁶

Adicionalmente, es muy habitual que en este tipo de contratos se establezca un plazo fijo e invariable para que la ejecución de los trabajos.

En definitiva, en este tipo de contratos el propietario paga un precio fijo, y el contratista que ejecuta las obras debe atenerse a ese presupuesto, en un plazo fijo predeterminado, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida en función del precio fijo pactado.⁷ De este modo, si el contratista es eficiente y logra abaratar costos, obtendrá un margen o utilidad mayor, y si las obras cuestan más de lo presupuestado entonces será el mismo quien deberá soportar esos mayores costos.

En relación a las características jurídicas generales de este tipo de contratos para el derecho chileno, debe señalarse que es uno bilateral, oneroso y conmutativo. A lo que debe agregarse que es también consensual, aun cuando en la práctica suele constar por escrito.

1.2 · La alta conflictividad de los contratos de construcción a suma alzada

Los contratos de construcción en general, y los suscritos bajo la modalidad *a suma alzada* en particular, han presentado en Chile un alto nivel de conflictividad. El “Estudio de Divergencias Contractuales” del año 2015, realizado por la Cámara Chilena de la Construcción (“CChC”),⁸ da cuenta de esta realidad y enseña algunas cifras que merecen ser expuestas.

Según da cuenta el Estudio señalado, en el 34% de los contratos de construcción analizados se produjo alguna divergencia entre las partes.⁹ Asimismo, el informe arroja que entre el 40% al 45% de las diferencias ocurrieron precisamente en contratos celebrados bajo la modalidad *a suma alzada*, que son los que ostentan, en consecuencia, un mayor porcentaje de conflictividad.

A nivel de empresa, las cifras de conflictividad son más alarmantes. El 90% de las empresas señalaron haber enfrentado alguna divergencia en sus contratos de construcción, es decir los conflictos en estas materias son realidad para prácticamente todas las empresas constructoras.

Entre las empresas que declararon haber sufrido divergencias, el 96% de estas reconoció haber experimentado variaciones del valor de los contratos, el 100% de las mismas indicó haber observado modificaciones de sus costos y el 92% señaló haber padecido alteraciones en los plazos contractuales. Estos tres factores son precisamente aquellos cuyo riesgo queda —en teoría— claramente atribuido en los contratos de construcción *a suma alzada*.

La alta conflictividad de los contratos de construcción *a suma alzada* llama la atención dado que la

⁴ Ídem. pp. 767.

⁵ BARROS BOURIE, Enrique: “Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato”, en Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar), 2011, págs. 331, 338.

⁶ Ídem, p. 339.

⁷ En ese sentido, Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Fallo de 29 de noviembre de 2010. Causa N° 913-2010.

⁸ Los resultados del estudio presentados por Carlos Piaggio, Gerente de Infraestructura de la CChC, pueden consultarse en línea, en la página <http://www.cdt.cl/2015/11/6-encuentro-mandante-contratista-2015-negociacion-arbitraje-y-juicios-civiles/>

⁹ El estudio divide las divergencias en: (i) Desavenencias, que son aquellas diferencias resueltas entre las partes; (ii) Controversias, que son las diferencias resueltas por un tercero sin llegar a una sede jurisdiccional y; (iii) Conflictos, que son las diferencias que llegaron a ser resueltas en sede jurisdiccional.

fisonomía jurídica de estos supone, en principio, una distribución simple y directa de los riesgos y obligaciones entre los contratistas, respecto de las cuales pareciera no quedar margen de acción o discusión.

Creemos, sin embargo, que la rigidez de los contratos *a suma alzada*, determina que los mismos se vean superados muchas veces por la realidad que pretenden regular, la que termina siendo mucho más compleja de lo que se anticipa en el contrato. En definitiva, se produce una tensión entre el texto rígido del contrato y la realidad dinámica de las obras.

Frente a este escenario, la jurisprudencia nacional ha desarrollado diferentes criterios conforme a los cuales se ha intentado trazar un límite entre una observancia ciega a lo pactado en el contrato *a suma alzada* y la matización de este criterio en consideración de ciertas circunstancias que aparecen durante la ejecución de las obras.

La consideración de estos criterios aparece como relevante, no solo porque dan luces de cómo opera en la práctica la *suma alzada*, sino que también dado que permite anticipar a las partes los riesgos que enfrentan a pesar de la aparente certeza que entregan estos contratos. Lo anterior, sumado a la decisión de las partes de contar con una asesoría jurídica especializada desde la génesis del proyecto suele garantizar el desarrollo de un proyecto exento de conflictos o la solución anticipada de éstos.¹⁰

2 · CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LOS ASPECTOS MÁS CONTROVERSIALES DE LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN A SUMA ALZADA¹¹

Como explicábamos, los contratos de construcción *a suma alzada* establecen un precio fijo e invariable por la ejecución completa de las obras y además en un plazo también inmodificable. Ambas circunstancias son precisamente los aspectos más controversiales de esta clase de convenciones.

Suele suceder que las obras demandan más tiempo del estipulado y exigen mayores recursos de los

previstos lo que genera una tensión entre el propietario (que exige se cumpla el plazo y el precio comprometido) y el constructor (que presiona porque se le reconozcan aumentos de plazo y mayores costos, a la luz de lo que haya surgido durante la ejecución del contrato). En definitiva, existe una inevitable tensión entre el apego estricto a lo pactado antes del inicio de las obras y el reconocimiento de las circunstancias que debieron enfrentarse durante la ejecución de las mismas.

2.1 · Criterios jurisprudenciales en relación al aumento de costos en contratos de *suma alzada*

Las circunstancias que pueden suscitarse durante la ejecución de un proyecto de construcción y que se traducen en un aumento imprevisto de costos para el constructor pueden ser variadas: vicios ocultos del suelo, obtención no anticipada de permisos sectoriales, paralizaciones, condiciones climáticas o de la naturaleza desfavorables, decisiones de la autoridad, modificaciones significativas al proyecto, etc.

Como señalábamos, por regla general, en los contratos de construcción celebrados bajo la modalidad de *suma alzada*, donde existe un precio único prefijado por las partes, las diferencias entre lo presupuestado y el resultado final de la obra son de exclusiva responsabilidad del Contratista.

En otras palabras, el hecho que el precio de un contrato de construcción sea *a suma alzada* no tiene ninguna implicancia en la extensión del alcance de las obligaciones del constructor (tales como la de proveer los materiales o la de asegurar la calidad del diseño o el rendimiento de la obra una vez terminada), sino que sólo establece que el monto de las utilidades de éste en el negocio será el resultado de restarle al precio la totalidad de los costos y gastos en los que ha incurrido para cumplir con sus obligaciones.¹²

¹⁰ Según el *El Estudio de Divergencias Contractuales* del año 2015, el 31% de las empresas opta por esta alternativa para enfrentar la conflictividad potencial.

¹¹ Se incluyen en este acápite la opinión doctrinaria emanada de fallos dictadas por distintas Cortes de Apelaciones nacionales y la Corte Suprema de Justicia.

¹² En este sentido, la Ilma. Corte de Apelaciones de Iquique, por sentencia de 19 de octubre de 1885, resolvió: "*Si se pacta un contrato de construcción por un precio alzado, hay venta y el peligro de la cosa es del constructor mientras no haya oportuna aprobación del que ordenó la obra; la circunstancia de que este último haya adelantado fondos al constructor para compra de materiales no significa que se adueñe de éstos y deba cargar con el peligro de la cosa*". Asimismo, por sentencia de 29 de Noviembre de 2010, la Ilma. Corte de Valparaíso sostuvo: "*A mayor abundamiento, se puede decir que es de la esencia del contrato a suma alzada, el ser una convención denominada por la doctrina a llave cerrada, esto es, en virtud del contrato celebrado se cancela un precio por un total de obra ejecutada, por ello el contratista o empresario obtiene precisamente la ganancia o pérdida por cuanto asume el riesgo de la operación*".

Jurídicamente, ello se traduce en que el precio del contrato se mirará como la única contraprestación a las obligaciones contractuales del constructor, con independencia de los costos incurridos para cumplirlas.¹³ En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema, señalando que “*El constructor no tiene derecho para exigir el pago por las agregaciones y modificaciones hechas en un contrato de edificación por una suma alzada, sobre las cuales no se ajustó precio por las partes*”.¹⁴

Confirmando la Corte Suprema esta rigidez contractual, un fallo del año 2012 sostuvo: “*En otras palabras, cada parte deberá cumplir sus obligaciones en la forma contraída y deberá estarse a lo pactado, sin que le sea posible eximirse de dicho cumplimiento, sino en las circunstancias especialmente previstas en el mismo contrato o en la ley (...)* La ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista es una regla que explica que los eventos que empeoren su situación no debieran constituirse en un obstáculo para dar cumplimiento a lo pactado puesto que de aceptarse ello sin una causa justificada y reconocida por el marco jurídico que le rija, se facilita muy probablemente una suspensión del servicio o bien público insito en el contrato, con evidente perjuicio para el usuario o administrado en general”.¹⁵

Idéntica opinión fue la expuesta en otro fallo más reciente donde una empresa que se adjudicó la licitación para la construcción de un puente demandó a su mandante reclamándole el pago de los mayores costos en que había incurrido producto del cambio en las condiciones del suelo en que debía emplazarse la obra.

En esa oportunidad, la misma Corte Suprema fue de la idea que “*(...) tratándose de un contrato a suma alzada, el riesgo lo asume el contratista al ofertar una cantidad determinada, y es justamente por ello que los interesados en participar en una licitación —como las que nos ocupa— pueden y deben realizar los estudios pertinentes para determinar finalmente el precio a ofertar, considerando todas las variables que de acuerdo al estudio realizado puedan presentarse*”.¹⁶

¹³ SUTHERLAND BORJA, Thomas: (2014). *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras*, Revista chilena de derecho privado, (22), pp. 161-195.

¹⁴ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 22 de diciembre de 1920.de 1920.

¹⁵ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 3 de julio de 2012. El fallo transcrito adhiere y cita la opinión de MORAKA Klener, Claudio: “*Contratación Administrativa*”, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, pp. 201, 202 y 204.

¹⁶ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 16 de Mayo de 2013.

Del mismo modo, en un contrato *a suma alzada* en que se pactó que el valor de la oferta incluía “*todo gasto que irrogue el cumplimiento de contrato sea directo, indirecto o causa de él*”, y frente a la circunstancia de haberse requerido obras adicionales debido a que la calidad del suelo fue diferente a la prevista, la Corte Suprema negó la procedencia de la indemnización por mayores costos aludiendo a la naturaleza de suma alzada del contrato y al hecho que el Contratista conocía la naturaleza rocosa del terreno: “*Que por consiguiente, la pretensión relativa al pago de trabajos de excavación derivados de la errada tipología del suelo donde debían realizarse las obras no puede ser acogida en virtud de lo expresamente estipulado por las partes y en consideración a la naturaleza del contrato, teniendo además en cuenta que se encuentra establecido que el contratista demandante conocía la naturaleza rocosa del subsuelo, de manera tal que no es posible argumentar que se tratara de una situación razonablemente imprevisible*”.¹⁷

También existen posiciones jurisprudenciales que han reconocido el derecho del contratista a un aumento del precio, más allá de la naturaleza a suma alzada del contrato. Por ser uno de tipo consensual, conmutativo, oneroso y de ejecución diferida, parece razonable y justo que el precio del contrato a *suma alzada* compense equitativamente el alcance final de las obras ejecutadas, argumentan aquellos a favor de esta tesis. De lo contrario, aseguran, podría producirse un enriquecimiento indebido por el mandante circunstancia que repugna a nuestro legislador y es sancionado frecuentemente.¹⁸

La opinión que reconoce la posibilidad de modificar o moderar las condiciones de un contrato *a suma alzada* cuando su ejecución atenta contra la conmutatividad de éste figura plasmada en un fallo

¹⁷ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 3 de julio de 2012. Causa N° 9110-2013.

¹⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “*El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones*”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°200, Año LXIV, Julio-Diciembre 1996, p. 7: “*Como es de suponer, nuestro Código Civil —dada su época— no contiene una regla expresa y general que acoja el enriquecimiento sin causa, ni como principio ni como fuente de obligaciones. Sin embargo, a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico pueden encontrarse numerosas disposiciones que constituyen realización concreta del principio de que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro, que tienen, por tanto, acción específica y que, por lo mismo, no requieren de una norma o principios generales. Son situaciones muy evidentes y en las que la falta de norma constituiría una carencia demasiado ostensible en un sistema jurídico de Derecho legislado. Y su presencia demuestra que gran parte del Derecho está construido, precisamente, con base en la idea de que no es aceptable un enriquecimiento sin causa, injusto o ilícito*”.

dictado en el año 2009 en una causa seguida ante un Árbitro Arbitrador¹⁹ designado por el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago (“CAM Santiago”).²⁰

En este caso el árbitro, decidió moderar ciertas disposiciones de un contrato a *suma alzada* atendiendo a consideraciones de equidad y conmutatividad de los contratos “tanto el principio de buena fe como la exigencia de la equidad en las prestaciones del contrato, conducen a concluir que el contrato que media entre las partes no puede otorgar un derecho tan absoluto como el que surgiría de la interpretación literal de la cláusula séptima, con respecto a la facultad de XX de introducir modificaciones. Esta consideración influirá en lo dispositivo de este fallo, a la hora de calificar el contrato y evaluar el cumplimiento, particularmente en lo que dice relación con el plazo, para ejecutar las obras.”

En otro fallo arbitral muy destacado, se accedió al reclamo del contratista para obtener un aumento en el precio del contrato por la realización de mayores obras derivadas de sobre excavaciones y colocación de paredes en un ducto; todos trabajos que se hicieron necesarios en atención a la falta de cohesión del terreno, lo que no podía preverse por el contratista.²¹ La Corte Suprema validó este criterio conociendo del caso a propósito del procedimiento de cumplimiento del mismo, argumentando que se trataba de un “mayor pago de las obras que debieron ejecutarse, obras que no fueron previstas al convenirse el precio por *suma alzada*” agregando que las conclusiones del árbitro “guardan relación con los antecedentes aportados y en especial con las pruebas periciales”.²²

19 De conformidad a lo dispuesto en el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, Árbitro Arbitrador es aquel que debe fallar un asunto sometido a su conocimiento “(...) obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieren expresado, a las que se establecen en este caso en el Código de Procedimiento Civil”.

20 El Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago es una institución sin fines de lucro, fundada en el año 1992 por la Cámara de Comercio de Santiago A.G. con el apoyo del Colegio de Abogados de Chile y de las distintas Ramas de la Confederación de la Producción y del Comercio de Chile, que ofrece los servicios de arbitraje y mediación para la resolución de controversias nacionales e internacionales con el fin de brindar seguridad jurídica y soluciones eficientes a la comunidad empresarial y jurídica, tanto chilena como extranjera.

21 Las explicaciones y comentarios de la sentencia por el propio árbitro que la dictó pueden verse en ILLANES RÍOS, Claudio: “La teoría de la imprevisión en Estudios sobre Reforma al Código Civil y al Código de Comercio”, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 201 y siguientes.

22 Los extractos pertinentes del fallo pueden verse en ILLANES RÍOS, Claudio: “La teoría de la imprevisión en Estudios sobre

En un fallo de similares características, se estableció que imponer al Contratista los mayores gastos que implicó la obra suponía alterar la equivalencia de las prestaciones y en definitiva imponerle una prestación no prevista en el contrato, por lo mismo, no debida, cuestión que supondría un enriquecimiento injusto para el mandante. La Corte señaló *Que, así planteadas las cosas, el exigirle a Constructora Concreta S.A. asumir los mayores gastos que implicaron la obra, es someterla a realizar una prestación no prevista, es decir, “no debida” que se encuentra fuera de la relación contractual vigente desde 1997, lo que le ha significado una cuantiosa pérdida, a diferencia del Servicio De Vivienda Y Urbanización De La Región Metropolitana, que se ha visto enriquecida injustamente, situación que deberá ser revisada mediante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, procedimiento que no implica tocar en un ápice el contrato existente entre las partes sino que tan sólo precisar y afirmar su existencia, pero restableciendo su real sentido y alcance*”.²³

Como se aprecia de los fallos comentados, en general existe una aproximación bastante estricta por parte de la jurisprudencia respecto de las obligaciones asumidas por las partes de un contrato a *suma alzada*, rechazándose en general matizaciones a las obligaciones asumidas, haciendo respetar la distribución de riesgos pactada a la suscripción del contrato, más allá de lo que suceda durante su ejecución. Con todo, en ciertas ocasiones la jurisprudencia se ha abierto a matizar la *suma alzada* cuando advierte desequilibrios graves entre las prestaciones de las partes o bien estima que durante la ejecución de las obras sucedieron circunstancias imprevistas al momento de pactar la *suma alzada*.

En relación al aumento de precio de los contratos a *suma alzada* por obras extraordinarias, y para evitar que el contratista no ejecute arbitrariamente obras adicionales innecesarias o más costosas y por esa vía percibir mayor utilidad, los contratos de este tipo suelen regular muy estrictamente la procedencia de estas obras y su pago, cuestión que también suele despertar polémica.

En efecto, usualmente ocurren disputas en torno a si para validar un aumento de precio por la ejecución de obras extraordinarias o adicionales se debe

Reforma al Código Civil y al Código de Comercio”, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 203. Con todo, advertimos que la teoría de la imprevisión no tiene reconocimiento expreso en la legislación chilena y ha tenido —en general— una tímida recepción en la jurisprudencia.

23 Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14 de noviembre de 2006. Causa N° 6812-01

atender a principalmente a la efectividad de que el contratista realizó las obras o debe privilegiarse la observancia del procedimiento procedimiento contractual establecido para la autorización y recepción de este tipo de obras.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha negado la procedencia del pago de obras efectivamente ejecutadas pero no aprobadas por el mandante conforme lo dispuesto en el respectivo contrato, argumentando que sin dicha aprobación no existe aceptación por el mandante ni certeza de que las obras hayan sido ejecutadas conforme al contrato.²⁴

En el mismo sentido, La Corte de Apelaciones de Talca resolvió que un contratista que pide autorización para realizar obras extraordinarias y no recibe respuesta satisfactoria del mandante, y no obstante las ejecuta de igual modo, debe asumir el costo de las mismas si el contrato que los vincula es de suma alzada, señalando: *“Que, el hecho de que el contratista debiese efectuar mayores gastos derivados de condiciones en el terreno y otras conexas, distintos a las indicadas en el proyecto, y que las plantease al mandante, no existiendo respuesta formal a tal petición no autoriza a entender que este mandante no cumplió los términos del contrato, puesto que el mismo no lo obligaba a tener que, obligatoriamente aceptar las mayores obras u obras extraordinarias demandadas por la empresa contratista, más bien parece que ésta, confió en que sería aceptada su petición y continuó con los trabajos a su costo”*.²⁵

También existen fallos que han ordenado el pago de mayores obras, aún si no existió orden o aceptación expresa del mandante u observancia estricta a las normas contractuales establecidas para esos casos.

Por ejemplo, se resolvió que las mayores obras u obras adicionales que se ejecuten deben pagarse con tal que hayan sido realizadas con el propósito de mejorar el proyecto, en la medida que cuenten con la autorización o bien el conocimiento o aquiescencia del dueño. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado que *“Como es un hecho irrefragable que el volumen inicialmente proyectado, se aumentó significativamente y se trata de obras que fueron ejecutadas a petición, o al menos, con conocimiento de la inmobiliaria, que tuvieron por objeto la*

*ejecución de partidas no contempladas, el mejor aprovechamiento del proyecto, o, el mejoramiento de las mismas, ellas deben ser imputadas a la inmobiliaria siempre que éstas hayan sido ordenadas o, al menos, conocidas y ejecutadas con aquiescencia del representante de la misma.”*²⁶

En forma similar, en un caso en que las partes en la ejecución del contrato no se ciñeron necesariamente a las formalidades previstas para las obras extraordinarias, se falló que la modificación y encargo de nuevas obras mediante el libro de obras (procedimiento distinto al regulado en el contrato) importa una modificación del contrato por las partes y en definitiva impone la obligación al mandante de pagar mayor precio por obras extraordinarias, a pesar de que las mismas se ejecutaron sin regirse totalmente a lo previsto en el contrato.²⁷

Lo expuesto hasta ahora nos permite concluir que, en general, la jurisprudencia ha sido observante de los mecanismos contractuales establecidos por las partes para la autorización de obras extraordinarias, privilegiando el control que el mandante tiene sobre las mismas. Con todo, se aprecian algunas matizaciones al aceptar obras extraordinarias ejecutadas sin las autorizaciones contractuales exigidas pero siempre que las mismas sean validadas de alguna forma por el mandante o medie reconocimientos tácitos o aceptación de procedimientos distintos a los pactados originalmente.

2.2 · Criterios jurisprudenciales en relación a atrasos y aumentos de plazo

Como es evidente, el usual descubrimiento de condiciones adversas durante la ejecución de un proyecto importará un incremento en el tiempo previsto para la recepción de las obras encargadas, afectando así expectativas del mandante y lo acordado en el contrato celebrado con la respectiva empresa constructora.

Luego, la parte que reclama el pago de multas o indemnizaciones asociadas a esos atrasos deberá acreditar que estos son imputables a la empresa constructora y que no se deben, en consecuencia, al acaecimiento de un caso fortuito o de fuerza mayor. Así, el éxito de la causal de incumplimiento

²⁴ Excm. Corte Suprema, Sentencia de fecha 18 de junio de 2013. Causa N° 461-2013.

²⁵ Ilma. Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2013. Causa N° 2708-2011

²⁶ Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 24 de marzo de 2003. Causa N° 11.014-2001

²⁷ Causa N° A-364-2004, seguida ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

alegada y el fundamento de los perjuicios y/o multas que de persigan dependerá necesariamente de la prueba que se rinda en este sentido.

En esta misma línea se pronunció un Árbitro Arbitrador designado por el CAM Santiago en sentencia de 22 de julio de 1999, en el marco de una causa en que la mandante, producto —principalmente— del atraso en la ejecución de las obras de construcción de una red terciaria de gas por la empresa constructora, demandó el término anticipado del contrato y el pago de multas e indemnizaciones por distintos conceptos, entre ellos el atraso en la ejecución de las obras, fundado en que, tal como se establecía en el contrato respectivo, ellas habían excedido en valor el 15% del monto total del contrato.

Al contestar la demanda, la empresa constructora se defendió alegando que los atrasos en la ejecución de los trabajos no eran de su responsabilidad sino atribuibles a la propia demandante o bien a casos fortuitos o de fuerza mayor y hasta de los efectos acumulativos asociados a unos y a otros.

En síntesis, la demandada sostuvo que fue a causa de la propia autoridad (organismos sectoriales) que no pudo cumplir con los plazos establecidos en el contrato. Señaló que los permisos sectoriales necesarios para iniciar los trabajos le fueron entregados tardíamente o bien con escasa anticipación, impidiéndole cumplir con los hitos parciales en que se dividió el proyecto.

El Tribunal rechazó la defensa de la empresa constructora sobre la base de lo acordado por las partes en el propio contrato suscrito por ambas, donde se estableció que la obligación de gestionar y pagar los permisos sectoriales correspondía a la propia empresa constructora; circunstancia, además, que fue conocida por ella casi tres semanas antes de la firma y fecha del contrato, mediante una carta que le fue enviada por el mandante y en la que se precisaban los plazos de inicio y término de cada hito del proyecto.

Lo resuelto por el Árbitro confirma que toda defensa que pretenda alegar la improcedencia de las multas asociadas a atrasos por concurrir caso fortuito, fuerza mayor (decisiones de autoridad) o incluso interferencias atribuibles a la propia demandante es inoficiosa en la medida que se compruebe que dichos retardos son de culpa exclusiva de la empresa constructora y le fueron, por cierto, previsibles²⁸.

En este mismo sentido, otro destacado Árbitro —también en calidad de Arbitrador— conociendo de un juicio en que se discutió latamente la responsabilidad de la empresa constructora en los atrasos asociados a la construcción de un hotel de lujo en Isla de Pascua, se sostuvo que no correspondía atribuir a una empresa constructora responsabilidad alguna por “(...) atrasos generados por la demora del mandante en cumplir con los suministros que eran de su cargo, así como las obligaciones que pesaban sobre sus subordinados, en especial proporcionar las respuestas oportunas al arquitecto (...)”.²⁹

Situados en la frecuente hipótesis en que ambas partes resultan ser incumplidoras de sus respectivas obligaciones contractuales, nos parece valioso exponer lo resuelto por un Árbitro Arbitrador que, conociendo de una demanda reconventional interpuesta por una inmobiliaria contra una constructora a la que se le había encargado —bajo la modalidad de contrato *a suma alzada*— la construcción de un edificio de departamentos.

Las multas acordadas por las partes asociadas al atraso en la ejecución de las obras ascendían al 0,2% del total del contrato por cada día de atraso (USD 4.750), monto que el Árbitro consideró excesivo en comparación a los montos que por el mismo concepto suelen pactarse en contratos de la misma clase, en los que además suele convenirse un límite para ellas.

Así, junto con determinar que existieron atrasos imputables a la empresa constructora, el Árbitro decidió que éstos debían sancionarse con una multa equivalente al 0,1% del total del contrato por cada día de atraso (USD 2.375).

Argumentando también en favor de rebajar la multa por concepto de atrasos, el Árbitro sostuvo que tras comprobar que el retardo en la ejecución de las obras había sido responsabilidad compartida de ambas partes, entonces —en función de la equidad y la prudencia— era perfectamente aplicable el artí-

dañosas no son previsibles, el acto voluntario desborda los límites de la culpa para ubicarse en el campo del caso fortuito. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 54, Sec. 4ª, pág. 518. C. Suprema, sentencia del 29 de noviembre de 1957), y “(...) el caso fortuito o fuerza mayor es el imprevisto a que no es posible resistir, concepto jurídico definido por el legislador, que supone un acontecimiento imprevisto o irresistible, esto es, cuando no hay ninguna razón especial para creer en su realización y cuando no es posible evitar sus consecuencias”. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 60, Sec. 1ª, pág. 60. C. Suprema, sentencia del 2 de Mayo de 1963).

²⁹ Causa Rol A-2222-2014, seguida ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

²⁸ En este sentido, nuestra Excma. Corte Suprema ha señalado: “(...) la previsibilidad del resultado es el elemento que distingue la culpa del caso fortuito; de suerte que si las consecuencias

culo 2.330 del Código Civil, que establece que la apreciación del daño está sujeto a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente y, en consecuencia, los incumplimiento de la empresa inmobiliaria la hacían merecedora de una disminución en el porcentaje del valor total del contrato establecido como multa por atrasos.

Una problemática frecuente en relación al plazo de las obras consiste en la obligatoriedad de conceder un aumento de plazo frente a la necesidad de realizar obras mayores o adicionales sin perjuicio de quien debe solventarlas. En ese sentido es muy común que los contratos *a suma alzada* excluyan la necesidad de otorgar mayor plazo para las obras, aun cuando se realicen obras extraordinarias.

En este sentido, la Corte Suprema ha fallado que no puede considerarse infringido el plazo del contrato si la demora del contratista es atribuible a obras extraordinarias ordenadas con posterioridad al plazo contractual convenido y del mismo modo no procede la aplicación de multas contractuales: *“ese mayor plazo se ocupó en la ejecución de las reparaciones referidas en el motivo décimo cuarto de este fallo que se verificaron a continuación del plazo contractual convenido, de manera que no puede considerarse un retardo en el cumplimiento de lo pactado porque en definitiva constituyeron obras extraordinarias que no fueron expresamente convenidas, de lo que se colige que no corresponde aplicar multas en ese periodo, debiendo restituirse la suma retenida por tal concepto”*.³⁰

En un fallo arbitral relativo a un contrato de construcción en el cual se establecía el derecho del propietario de introducir modificaciones a las obras a su costo, pero sin tener que conceder más plazo al contratista, se estimó que dicha cláusula era *“contraria a la justicia conmutativa y debe ser moderada por la exigencia de la buena fe con lo que deben ejecutarse los contratos”*.³¹ En este sentido el árbitro concluyó que *“tanto el principio de buena fe como la exigencia de la equidad en las prestaciones del contrato, conducen a concluir que el contrato que media entre las partes no puede otorgar un derecho tan absoluto como el que surgiría de la interpretación literal de la cláusula séptima, con respecto a la facultad de XX de introducir modificaciones. Esta consideración influirá en lo*

dispositivo de este fallo, a la hora de calificar el contrato y evaluar el cumplimiento, particularmente en lo que dice relación con el plazo, para ejecutar las obras”.³²

Es notable en este caso como el árbitro estimó del caso moderar una cláusula contractual atendido que la observancia estricta de la misma a su entender contrariaba la justicia y la conmutatividad del contrato.

En otro caso, un tribunal arbitral se pronunció en el mismo sentido señalando, a pesar de que no observó prueba relevante al efecto, que la ejecución de mayores obras y cambios de obra retrasan el itinerario y extienden los plazos del contrato: *“El Tribunal entiende y estima plausible el argumento de XX en orden a que, la ejecución de obras extraordinarias y los cambios de obras por regla general atrasan el normal desarrollo de un contrato de construcción, como ocurrió en el Contrato”*.³³

En conclusión, respecto a la alteración del plazo pactado por circunstancias extraordinarias o sobrevinientes, la jurisprudencia se ha mostrado más abierta a matizar la estrictez de los contratos, aceptando en definitiva que la realidad de las obras y la ejecución de los trabajos pueden imponer un aumento al plazo establecido.

3 · CONCLUSIONES

A pesar de que los contratos de construcción *a suma alzada* pretenden distribuir a priori en forma clara y específica los riesgos que asumen propietario y contratista, entregando una mayor certeza jurídica, presentan un alto índice de conflictividad.

Entre las cuestiones más polémicas se encuentra el aumento de costos de las obras que enfrenta al contratista que quiere mantenerse indemne de dichos aumentos y el mandante que intenta hacer valer la naturaleza a *suma alzada* del contrato y traspasar íntegramente al contratista esos costos adicionales. Además, suelen existir disputas en torno al reconocimiento de obras extraordinarias ejecutadas sin que se hayan ordenado conforme al procedimiento previsto en el contrato.

³⁰ Excm. Corte Suprema, Sentencia de fecha 21 de abril de 2014. Causa N° 2274-2013.

³¹ Causa Rol 1087-2009, seguida ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

³² Causa Rol 1087-2009, seguida ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

³³ Causa N° A-364-2004, seguida ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Asimismo, suele haber conflictos en torno al plazo pactado de las obras y la necesidad de reconocer aumentos del mismo a la luz de las circunstancias acaecidas durante las obras, en esos casos el por una parte mandante intenta se respete el plazo convenido y se le indemnice si la obra no se ejecuta a tiempo y el contratista por el suyo presiona para que se le aumente el plazo si ha debido enfrentar circunstancias extraordinarias.

En relación al aumento de precio por mayores costos, vimos que por lo general la jurisprudencia tiene una aproximación bastante estricta, rechazándose en general matizaciones a las obligaciones asumidas, haciendo respetar la distribución de riesgos pactada a la suscripción del contrato más allá de lo que suceda durante la ejecución. Sin embargo, en ciertos casos la jurisprudencia se ha abierto a matizar la *suma alzada* cuando aprecia desequilibrios graves entre las prestaciones de las partes o bien estima que durante la ejecución de las obras sucedieron circunstancias imprevistas al momento de pactar la *suma alzada*.

Respecto al reconocimiento de obras extraordinarias o adicionales realizadas sin observar estrictamente el procedimiento contractual establecido, apreciamos que en general la jurisprudencia ha sido observante de los mecanismos contractuales establecidos por las partes para la autorización de obras extraordinarias, privilegiando el control que el mandante tiene sobre las mismas, sin perjuicio de que se observan algunas matizaciones pero siempre que las obras extraordinarias y adicionales hayan sido validadas de alguna forma por el mandante, medie reconocimientos tácitos o aceptación de procedimientos distintos a los pactados originalmente.

Respecto a la alteración del plazo pactado por circunstancias extraordinarias o sobrevenientes, vimos que la jurisprudencia se ha mostrado abierta a matizar la estrictez de los contratos, aceptando en definitiva que la realidad de las obras y la ejecución de los trabajos pueden imponer un aumento al plazo establecido siempre que no medie responsabilidad del contratista en ello.