

EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN EN CHILE. ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURISPRUDENCIAL

CONSTRUCTION AGREEMENTS IN CHILE. ECONOMIC AND JURISPRUDENCE ANALYSIS

Álvaro Araya Ibáñez*

RESUMEN:

Los contratos de construcción, y en especial aquellos de suma alzada, están diseñados no solo para traspasar el riesgo de precio desde el mandante hasta el contratista, que es la parte que está en mejor posición para evaluar y controlar dicho riesgo, sino que para eliminar o mitigar los problemas que surgen de la asimetría de información entre los contratantes, incluyendo los fenómenos conocidos como selección adversa y riesgo moral. Si dichos fenómenos son efectivamente controlados, se puede concluir que este tipo de contratos tenderá a promover la eficiencia del mercado, reducirá los costos de transacción y maximizará los denominados excedentes sociales de la cooperación. La medida en que estos diseños contractuales alcanzan sus objetivos depende, en definitiva, del valor que en los hechos la jurisprudencia les reconozca. Analizada la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos, se puede concluir que, en general, los jueces tienden a respetar y aplicar estos mecanismos contractuales.

221

Palabras clave: contrato de construcción, asimetría de información, selección adversa, riesgo moral, análisis económico del derecho.

* Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Finanzas, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio de Novoa & Araya Abogados. Dirección postal: Avenida Américo Vespucio 1090, Oficina 301, Vitacura, Chile. Correo electrónico: aaraya@nyaabogados.cl Artículo recibido el 26 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 31 de octubre de 2018.

Se agradece a las abogadas Carla Domínguez, Verónica Martínez, Valentina Martínez, Daniela Murúa y Marcela Figueroa por su colaboración en la búsqueda y organización de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, y por sus correcciones y comentarios.

ABSTRACT

Construction agreements, and especially those of lump sum, are designed not only to transfer the price risk from the principal to the contractor, which is the party that is in the best position to evaluate and control said risk, but for eliminating or mitigating the problems that arise from the information asymmetry between the contracting parties, including the phenomena known as adverse selection and moral hazard. If these phenomena are effectively controlled, it can be concluded that this type of contract will tend to promote market efficiency, reduce transaction costs and maximize the so-called social surpluses of cooperation. The measure in which these contractual designs ultimately reach their objectives depends on the value that, in reality, the jurisprudence attributes to them. Analyzing the recent jurisprudence of the Chilean high courts of justice, it can be concluded that, in general, judges tend to respect these contractual mechanisms.

Keywords: construction agreements, information asymmetry, adverse selection, moral hazard, economic analysis of law.

222

INTRODUCCIÓN

Quien haya ejercido en el ámbito de la construcción habrá comprobado que los contratos del rubro, tanto en Chile como en el extranjero, suelen tener una fisonomía muy característica. Son muy reglados y, casi siempre, extremadamente extensos; incorporan una multiplicidad de procedimientos y exigen el cumplimiento de una serie de formalidades, sea para modificar el contrato, o para notificar el ejercicio de facultades contractuales, o para aprobar estados de pago, o para recepcionar las obras. Contemplan, en fin, un claro desequilibrio entre las facultades de cada parte, permitiéndole al dueño de la obra que ejerza una autotutela de sus derechos (terminar el contrato, modificar su alcance o su plazo, aplicar multas, ejecutar garantías, etc.). Además de lo anterior, tienden a utilizar cláusulas tipo; es decir, no solo tienen un contenido similar unos con otros, sino que, en muchos casos, utilizan idéntico lenguaje¹.

¹ Todo esto ha sido incentivado por la existencia de modelos de contratos, tales como los denominados modelos FIDIC, que funcionan como estándares de la industria. Para entender la forma en que estos formularios de contratos se pueden utilizar en Chile, véase FIGUEROA (2016), y para obtener una visión global acerca de estos modelos y su funcionamiento, véase GLOVER (2007).

El que estos contratos sigan ciertos patrones similares responde a que en ellos se definen los distintos roles de cada parte, y se distribuyen los riesgos de cada cual, de una manera tal de procurar la eliminación o, al menos, el control de los problemas típicos de la relación comercial entre mandante y contratista, especialmente de aquellos que derivan de la asimetría de información entre los contratantes.

El objetivo de este estudio es efectuar un análisis económico de estos contratos², demostrar que parte de su diseño se explica por la finalidad de evitar los fenómenos conocidos como selección adversa y riesgo moral, derivados de la asimetría informativa, e investigar la actitud de la jurisprudencia chilena respecto de los efectos concretos de dicho diseño contractual. Cabe aclarar que a los que nos referimos, con la fisonomía y diseño que describiremos y analizaremos, son aquellos celebrados entre partes relativamente sofisticadas, que cuentan con recursos y escala suficiente para llevar a cabo un proceso consciente y refinado de negociación y contratación. Esto no quiere decir que estas ineficiencias económicas no se presenten en los demás contratos de construcción, sino solo que en ellos no se utilizan todos los mecanismos contractuales que tienden a enfrentarlas.

I. CUESTIONES GENERALES ACERCA DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN

1. El contrato de construcción a suma alzada en el derecho chileno

El *Código Civil* no contiene una definición de contrato de construcción, ni tampoco de la modalidad de suma alzada. Sin embargo, hay consenso en la doctrina en que los elementos esenciales de un contrato de construcción son la obligación de una parte de ejecutar una obra y la obligación de la otra de pagar por ello una contraprestación. Esto se desprende de los arts. 1996 y 1915 del *Código Civil*³.

De acuerdo con el art. 1996, si los materiales necesarios para ejecutar la obra son suministrados por el mandante (o al menos la materia principal), el contrato tiene la naturaleza jurídica de arrendamiento; si, por

² El objetivo de este estudio no es, por lo tanto, efectuar un análisis dogmático jurídico del contrato de construcción, sin perjuicio de que en estas páginas se abordará la temática propiamente jurídica cada vez que se considere necesario para esclarecer el análisis económico del contrato y dentro de los límites propios del formato.

³ Véase, por todos, el panorama resumido de la doctrina nacional que efectúa PRADO (2014), p. 1.

el contrario, es el constructor quien suministra los materiales (o al menos la material principal) tendrá la naturaleza jurídica de compraventa⁴. La importancia de esta distinción radica en el riesgo de pérdida de los materiales o de la cosa construida. Según dicho artículo, si el contrato es de venta, este no se perfecciona, sino hasta “la aprobación del que ordenó la obra”, por lo que “el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no”⁵. La distinción entre venta y arrendamiento proviene del derecho romano y tiene, además, recepción en instrumentos internacionales de unificación de derecho (como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías)⁶. Sin embargo, la postergación del perfeccionamiento del contrato de venta es una particularidad del *Código Civil* que parece tener como doble objetivo el

“(i) posponer la época en que el comprador asume el riesgo, dejándolo en el intertanto a cargo del artífice, en cuanto dueño de la materia; y (ii) evitar que sea tratado como un caso de venta de cosa futura”⁷.

En relación con este problemático art. 1996, la doctrina se ha preguntado qué ocurre entre el momento en que se encarga la obra y aquel en que recién se perfecciona el contrato de venta (mera inexistencia de contrato, tratativas preliminares, promesa de contrato de venta, etc.), y también parte de la doctrina ha mantenido que si se trata de un contrato de construcción sobre un inmueble, por motivos históricos y dogmáticos, y aplicando por analogía las normas sobre accesión mueble a inmueble, el contrato siempre se considerará de arrendamiento, porque el inmueble sería por definición “principal”, sin importar el valor o magnitud de los materiales que aporte el artífice⁸.

⁴ El art. 1996 señala textual: “Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. / Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. / Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. / Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta. / El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen”. (El signo “/” indica que son incisos distintos, sin discontinuidad del texto).

⁵ Véase n. 4.

⁶ Véase la amplia explicación proporcionada por SAN MARTÍN (2016), p. 146 y ss.

⁷ SAN MARTÍN (2016), p. 159.

⁸ Es la posición de SAN MARTÍN (2016) p. 152, la que es apoyada por WAGEMANN FARFAN y MEREMINSKAYA (2017) p. 17.

Sin perjuicio del interés dogmático de estos análisis⁹, cabe aclarar que en general esta discusión respecto de la naturaleza jurídica del contrato y de los efectos de la postergación de su perfeccionamiento no tiene mayor relevancia para nuestro tema de estudio: el análisis que presentamos en estas páginas se refiere a contratos cuya distribución de riesgos no es efectuada supletoriamente por la ley, sino que por las partes, mediante los pactos que a continuación describiremos.

Por su parte, el término “suma alzada” no es utilizado de manera expresa por el *Código Civil*. Solo hay referencias conceptuales a dicho término en el inciso segundo del art. 1999 (cuando se refiere al “precio único y total”) y en el inciso primero del art. 2003 (cuando se refiere al “precio único prefijado”). No obstante, se entiende generalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y la práctica de la industria, que el concepto de suma alzada corresponde a una modalidad del precio en virtud de la cual el mandante paga al contratista un monto único y prefijado por la totalidad de las obras ejecutadas bajo el contrato, sin que admita dicho precio variaciones, salvo pacto en contrario o situaciones excepcionales.

El art. 2003 del *Código Civil* establece varias reglas aplicables a los contratos de construcción de edificios a suma alzada, las que resultan aplicables a todo tipo de contratos de construcción, sea porque se entienda el término ‘edificio’ en un sentido amplio (como sinónimo de cualquier estructura construida por el hombre sobre el suelo)¹⁰ o por mera aplicación de la regla de interpretación analógica de la ley.

Dentro de las reglas contenidas en el citado art. 2003 se incluye la piedra angular del concepto de precio fijo o suma alzada en los contratos de construcción: el constructor

“no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones”,

⁹ Y sin perjuicio, también, de que parece cuestionable la doctrina referida, ya que no nos es evidente el por qué deban aplicarse las normas de la accesión (arts. 668 y 669 del *Código Civil*, diseñadas para dirimir los casos de construcción sin el conocimiento o el acuerdo del dueño del terreno) tratándose de obras encargadas expresamente por el dueño del terreno, ni tampoco entendemos cómo podría considerarse como “principal” al suelo, si lo que se construye allí es, por ejemplo, una instalación industrial cuyo valor excede con creces el valor del inmueble. Creemos que debe aplicarse sin más el principio de que lo principal sigue la suerte de lo accesorio, y que para ello debe abandonarse la noción decimonónica de que la riqueza reside siempre en la tierra.

¹⁰ Esta es la interpretación de la doctrina clásica civilista en Chile. ABELIUK (1983), p. 246; ALESSANDRI *et al.* (2005), p. 305. También en CORRAL (2009), p. 839.

y a menos que:

“circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, [pero en este caso]¹¹ deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”.

Esta regla es esencial, en efecto, porque da cuenta de la invariabilidad del precio en los contratos de construcción, salvo acuerdo en contrario o la existencia de sobrecostos que cumplan con dos requisitos muy exigentes:

- i) que resulten de circunstancias ocultas y
- ii) que no hayan podido preverse¹².

Por último, cabe destacar¹³ que el real contenido normativo del contrato construcción no se basa en estas escasas regulaciones legales, sino que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que permite, en general, a las partes estipular cuánto deseen, a menos que esté involucrada una cuestión de orden público¹⁴.

2. Función económica de los contratos de construcción, especialmente bajo la modalidad de suma alzada

226

Como ya se explicó, este tipo contractual se caracteriza porque el contratista asume el riesgo de que sus costos efectivos resulten mayores a los presupuestados. Implica, por su naturaleza, un traspaso de riesgos del mandante al contratista. Cualquier diferencia entre el costo presupuestado y la realidad final, en la medida de que el alcance de la obra sea el mismo, es perfectamente irrelevante y no puede invocarse para solicitar un ajuste del precio pactado. Esto obliga al contratista a efectuar un estudio completo y exhaustivo de la obra y a considerar en su oferta todos los costos involucrados, así como la utilidad a la que aspira, dado que una vez

¹¹ Paréntesis cuadrado añadido al texto.

¹² Se puede encontrar un completo análisis de estas reglas del derecho chileno en SUTHERLAND (2014).

¹³ Como lo hacen WAGEMANN FARFAN y MEREMINSKAYA (2017), p. 9.

¹⁴ La regulación legal es en efecto muy escasa. No compartimos la interesante doctrina de RODRÍGUEZ (2017), p. 30, que hace aplicable a los contratos de construcción las reglas del mandato civil y comercial, argumentando que ello se derivaría del predominio en estos contratos de la inteligencia por sobre la “obra de mano”, y aplicando el reenvío establecido en el art. 2012 del *Código Civil*. Dicho artículo establece la regla inversa: se aplican a los mandatos las normas de los arrendamientos de servicios inmateriales (que tampoco son equivalentes a los contratos de construcción) en todo aquello que no esté contemplado en el título que los regula (título XXIX del libro IV). No se trata de un reenvío bidireccional.

celebrado el contrato el precio será invariable, salvo aumentos del alcance de la obra o costos que surjan de situaciones ocultas que no pudieron ser razonablemente detectadas por un contratista experto y diligente¹⁵.

Tal como lo han demostrado numerosos autores¹⁶, la eficiencia económica tiene como una de sus condiciones de existencia el que los contratos puedan hacerse cumplir en forma coactiva. Dado que las promesas recíprocas que contienen los contratos de construcción son de cumplimiento diferido en el tiempo, existe una obvia incerteza respecto de su cumplimiento, incerteza que si no se mitiga, limitará, a su vez, los intercambios, la cooperación y la eficiencia. Por ello, “el carácter exigible de las promesas estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos”¹⁷.

La eficiencia económica de estos contratos supone, entonces, que sean realmente válidos y exigibles mecanismos tales como la invariabilidad del precio, que transfiere el riesgo técnico desde la parte que no lo entiende a cabalidad ni tiene cómo controlarlo –el mandante– al experto que, por el contrario, es capaz de evaluarlo, monitorearlo y minimizarlo –el contratista–, y todo otro mecanismo que tienda a darle certeza a la transacción y a sus términos.

II. LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE ESTOS CONTRATOS Y SUS CAUSAS

Como es fácil de imaginar, y de acuerdo con numerosas fuentes¹⁸, la problemática típica de estos contratos consiste en los conflictos que pueden

227

¹⁵ Desde el punto de vista del análisis económico, puede afirmarse que este tipo de contratos promueve la eficiencia de los mercados, maximiza los denominados excedentes sociales de la cooperación o negociación, reduce los costos de transacción y permite, como se demostrará, que se resuelva de una manera apropiada la asimetría de información entre las partes. Para quienes no estén familiarizados con estos conceptos de análisis económico del contrato, sugerimos la lectura de COOTER Y ULEN (2016), capítulo 8 (capítulo 6 en COOTER Y ULEN (2002).

¹⁶ Véase por todos a COOTER Y ULEN (2016) y COOTER Y ULEN (2002).

¹⁷ COOTER Y ULEN (2016), p. 238.

¹⁸ De acuerdo con la CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN (2018), luego de un análisis de 999 contratos del periodo 2014-2016 (seleccionados de una muestra total de 1.968), se puede concluir: “en uno de cada dos contratos hubo algún tipo de problema que no se pudo resolver entre las partes y entre ellos el 43% se resolvió con la intervención de terceros y el 57% fue a instancias judiciales” (p. 12). Se constata además: “En la mayoría de los contratos en que hubo divergencias, estos aumentaron de valor y en promedio este aumento llegó al 21%. Así también se indica que en un 96% de ellos hubo aumentos de plazo, los que en promedio fueron de 4 meses. Esto para el normal de las obras con duración de 1 a 1.5 años representa entre un 33% y un 22% de aumento de plazo” (p. 13). Por último, se listan las siguientes causas más comunes de problemas contractuales (que, además, se manifiestan al comienzo de la obra o en el primer tercio del plazo de ejecución): (i) modificaciones al proyecto original, (ii) plazos para el desarrollo del proyecto, (iii) entrega atrasada del terreno e interferencias, (iv) estudio de mecánica de suelos incompleto o defectuoso, (v) pago de los Estados de Pago y (vi) riesgos no asignados en el contrato (p. 16).

surgir entre mandante y contratista, en cuanto al alcance de las obras y los potenciales sobre costos, atrasos en las entregas de áreas de trabajo, calidad y seguridad de la ejecución de los mismos, plazo de ejecución e interferencias, alteraciones al proyecto, costos imprevistos, etcétera.

Desde un punto de vista económico, la fuente principal de estos conflictos es la asimetría de información entre las partes y los fenómenos de selección adversa y riesgo moral que de ella derivan.

Otra fuente típica de conflictos está dada por la necesidad que puede tener el mandante de suspender o interrumpir las obras, o de abandonarlas por completo, o de reducir las o ampliarlas, o modificarlas. Si bien todas estas hipótesis conllevan potenciales costos para el contratista, al menos pérdida de oportunidades o de ganancias, es evidente que el mandante tiene que reservarse el derecho a adoptar este tipo de decisiones, ya que la obra está destinada a cumplir con una función comercial, cuya vigencia o necesidad siempre deberá ser evaluada por el dueño. Ello, como una obvia manifestación de su derecho de propiedad y de su libre iniciativa empresarial.

Estos problemas son, como se dijo, típicos e inherentes a las relaciones contractuales entre dueño de la obra y constructor. Veámoslos en mayor detalle.

1. *El problema general de la información, la selección adversa y el riesgo moral. Algunos fundamentos económicos*

Los mercados funcionan mejor si sus agentes cuentan con suficiente, adecuada y correcta información. Dicho de otra forma, la información poseída asimétricamente produce una serie de efectos negativos o fallas de mercado¹⁹.

La asimetría de información puede contraer el mercado y conducir a los fenómenos denominados “selección adversa” y “riesgo moral”. La contracción del mercado, derivada de una selección adversa, fue demostrada en un célebre estudio sobre el comportamiento del mercado de los autos usados en Estados Unidos de América, mercado en el cual se genera un equilibrio ineficiente (menos transacciones que las socialmente óptimas) porque los autos en buen estado tienden a salirse del mercado, aumentando en términos relativos las transacciones de autos defectuosos²⁰.

¹⁹ Los problemas de información conducen a equilibrios ineficientes de mercado, caracterizados por precios que no reflejan correctamente el valor de los bienes y que, por lo tanto, no constituyen una señal adecuada para que los agentes económicos tomen decisiones correctas.

²⁰ Nos referimos a AKERLOF (1970). El abogado y economista George Akerlof, que junto con Michael Spence y Joseph E. Stiglitz, ganó el premio Nobel de Economía del año 2001, explica que en el mercado de autos usados existen dos tipos de automóviles:

La asimetría de la información puede producir, también, otro tipo de selección adversa. Ello ocurre cuando, precisamente por la falta de información, un contratante elige mal a su contraparte, quien tiene incentivos para aprovecharse de la mayor información que posee²¹.

La selección adversa es, entonces, un fenómeno de ineficiencias relacionadas con la información asimétrica que se presenta en la etapa precontractual. Pero las asimetrías informativas pueden producir fallas de mercado en la etapa del cumplimiento contractual, como es el caso del denominado riesgo moral o *moral hazard*. Este consiste en el incentivo que tiene la parte más informada de modificar su conducta (hacerla más riesgosa, por ejemplo) una vez que el contrato se firmó, produciéndose una transferencia de riqueza a su favor²².

El resultado de lo anterior es que se transan bienes “malos” en una cantidad mayor a lo eficiente, y a mayor precio, mientras que la cantidad de bienes “buenos” transados es menor de lo eficiente, y a menor precio²³. La pregunta que cabe hacerse es si pueden resolverse eficientemente estas fallas de mercado asociadas a la asimetría de información, y cómo.

aquellos en buen estado y aquellos en mal estado (“lemons” o “cacharros”). La dificultad radica en que existe una obvia asimetría de información, ya que los únicos que saben la real calidad del bien son los vendedores. Si a los compradores les fuera evidente la calidad del auto, comprarían tantos autos buenos como cacharros (naturalmente, a distinto precio). Y los vendedores, los venderían, porque ellos siempre sabrían discriminar el estado de su auto. Pero como en la realidad los compradores no saben la calidad del auto usado, nunca estarán dispuestos a pagar el precio correspondiente a un auto bueno por uno que tiene una alta probabilidad estar malo. Ofrecen, por lo tanto, un menor precio. Y a ese precio, los vendedores que saben cuándo su auto está en buen o mal estado, solo estarán dispuestos a vender los autos en mal estado. Es decir, falla el mercado para los autos usados en buen estado. Se reduce o contrae el mercado.

²¹ Los economistas suelen acudir al mercado de los seguros para ejemplificar este fenómeno: si una compañía de seguros ofrece un seguro de cesantía, y fija la prima en relación al riesgo promedio de desempleo, es bastante probable que pierda dinero porque quien tenderá a adquirir ese seguro no es el “trabajador promedio”, sino que un subgrupo que sabe que tiene mayor riesgo a perder su puesto de trabajo; esa prima, entonces, conduce a una selección adversa. Para profundizar sobre el concepto de la selección adversa, véase COOTER y ULEN (2016), pp. 48-49, 238-240.

²² Un caso obvio vuelve a ser el de los seguros: la compañía cobra una prima evaluando el riesgo del siniestro, pero este aumenta luego de la suscripción de la póliza, precisamente porque el beneficiado del seguro sabe que los efectos nocivos de un siniestro no van a ser (al menos en parte) soportados por él, sino por un tercero. En estos casos, el asegurado tiene más información que la compañía porque conoce su propensión a actuar en forma inapropiada o, de ser el caso, sus intenciones positivas de hacerlo. Para profundizar sobre el concepto de riesgo moral, véase COOTER y ULEN (2016), pp. 49 y 238.

²³ En el mercado de los seguros, volviendo al ejemplo, dado que los aseguradores no pueden distinguir entre asegurados con mayor riesgo y aquellos con menor riesgo, se asegurará más de lo eficiente al primer tipo de asegurados, y menos al segundo tipo, y las primas serán más costosas.

En algunos casos, el mercado mismo es capaz de resolverlas²⁴. Pero que el mercado pueda resolver por sí mismo estos problemas dependerá de su estructura, de la naturaleza de la información y del tipo de bienes o servicios de que se trate. Puede ser que el mercado no tenga una estructura suficientemente competitiva, por lo que no existan incentivos para producir y diseminar la información. También puede darse el caso en que el tipo de bienes y servicios va a determinar también si el productor tiene o no incentivos suficientes para entregar información a los consumidores. En este sentido es útil la distinción que suelen hacer los economistas entre bienes de inspección, de confianza y de uso.

“Los bienes de inspección son aquellos cuya calidad puede ser evaluada antes de comprarlos, como estampillas, postales, una sandía calada, una revista y ciertos atributos de la ropa. Basta con inspeccionar estos bienes para conocer su calidad, por lo cual no hay asimetrías de información”²⁵.

En el otro extremo se encuentran los bienes de confianza, respecto de cuya calidad el consumidor tarda mucho en enterarse y a veces no se entera nunca como, por ejemplo, “la resistencia a terremotos de una vivienda, lo oportuno (o tardío) de una intervención quirúrgica y la calidad de un extintor de incendios”²⁶. Por último, existen los bienes de uso, cuya calidad se determina al emplearlos como “los automóviles, los electrodomésticos y la durabilidad de una maleta”²⁷.

Una forma en que el propio mercado intenta resolver estos problemas es a través de determinados mecanismos contractuales. Es decir, diseñando un contrato eficiente. Las técnicas contractuales utilizadas suelen denominarse de “escudriñamiento”, cuando es la parte menos informada la que obtiene una mejor información (por ejemplo, en un contrato de seguros, imponiendo preexistencias, carencias, ofreciendo distintos niveles de deducibles, etc.) o de “señalamiento”, cuando es la contraparte más informada la que ofrece señales acerca, por ejemplo, de la calidad del bien que vende (es el caso de un vendedor de un auto usado que otorga

²⁴ El más típico caso es de nuevo el de los seguros, donde la combinación entre preexistencias, periodos de carencia, deducibles diferenciados y ajustes de la prima por los siniestros efectivamente ocurridos, permite a la compañías “descremar” a los asegurados.

²⁵ ENGEL (1998), p. 5.

²⁶ *Op. cit.*, p. 6.

²⁷ *Ibid.* En este tipo de bienes, los proveedores tendrían incentivos para entregar bienes de calidad solo si el consumo es frecuente (porque los consumidores premiarán la calidad volviendo a consumir) o si, aun cuando sea infrecuente, los consumidores son capaces de comunicarse entre ellos y afectar la reputación del productor.

un claro indicio de las buenas condiciones del vehículo ofreciendo una garantía por un lapso determinado)²⁸.

Dado que los actos de la contraparte en un contrato pueden no ser directamente observables, generándose la referida asimetría informativa, una medida natural que se utiliza para enfrentar el riesgo moral es invertir recursos en acciones de monitoreo o fiscalización y facultar a las partes para adoptar decisiones sobre la base de la información obtenida por dichos medios. En casos simples, cuando la fiscalización completa es posible,

“la mejor solución (que implica una distribución óptima de los riesgos), es utilizar un contrato ejecutable que penalice el comportamiento disfuncional. En general, sin embargo, la observación completa de las acciones es imposible o prohibitiva. En tales situaciones, el interés se centra en el uso de estimadores imperfectos de las acciones de los contratantes”²⁹.

¿Existe una asimetría de información entre el dueño de una obra y el contratista encargado de ejecutarla? ¿Cambia el sentido de dicha asimetría conforme se ejecuta e contrato de construcción? ¿Son observables los actos del contratista cuando ejecuta la obra? ¿La calidad del terreno de la obra o la calidad de las obras mismas presentan las características de un bien de inspección, de confianza, de uso?

231

2. La Asimetría de información en los contratos de construcción

La asimetría de información es una constante en este tipo de relaciones contractuales, aunque cambia de sentido según la etapa de la misma: antes de la celebración del contrato es el mandante quien cuenta con mayor

²⁸ Los conceptos de escudriñamiento (*screening*) y de señalamiento (*signaling*) son desarrollados por SPENCE (1973), pp. 319-358.

²⁹ HOLMSTRÖM (1979), p. 2. En el original: “The source of this moral hazard or incentive problem is an asymmetry of information among individuals that results because individual actions cannot be observed and hence contracted upon. A natural remedy to the problem is to invest resources into monitoring of actions and use this information in the contract. In simple situations complete monitoring may be possible, in which case a first-best solution (entailing optimal risk sharing) can be achieved by employing a forcing contract that penalizes dysfunctional behavior. Generally, however, full observation of actions is either impossible or prohibitively costly. In such situations interest centers around the use of imperfect estimators of actions in contracting”. Bengt Holmström fue galardonado con el premio Nobel de Economía del año 2016, junto a Oliver Hart, precisamente por la teoría de los contratos, un amplio marco de análisis de los múltiples aspectos económicos de todo tipo de contratos, desde contratos de trabajo, hasta contratos de concesiones de obras públicas, pasando por franquicias y pólizas de seguros.

información sobre la obra, sus alcances y dificultades; luego, una vez comenzada la ejecución, es el contratista quien tiene un contacto directo con las obras y, por ende, mayor y mejor información.

Una información errada o incompleta del contratista en la etapa precontractual puede implicar que se efectúe, y se acepte, una oferta de plazo y precio inadecuados desde el origen, lo que conducirá al conflicto. Asimismo, la competencia por precio entre contratistas antes de celebrar el contrato, cuenten ellos con suficiente o insuficiente información, puede tener efectos indirectos adversos en cuanto a la calidad de las obras y materiales. En ambos casos puede suceder que el contrato se lo adjudique un contratista inadecuado, es decir, una selección adversa.

Por otro lado, la asimetría de información durante la ejecución del contrato puede incentivar al contratista a adoptar decisiones tendientes a minimizar su esfuerzo y maximizar su utilidad. Por ejemplo, puede bajar la calidad de los materiales, pretextar como alcance nuevo ítems que deberían entenderse como parte del alcance original, alegar circunstancias extraordinarias u ocultas, magnificar sus costos o invocar sobrecostos, etc. Tiene el contratista, además, un fuerte incentivo a argumentar que los diseños que recibió contienen “errores”. Ello le:

232

“permite solicitar modificaciones de obras, usualmente en favor de aumentarlas, e intentar renegociar aspectos importantes del contrato. Las magnitudes involucradas pueden ser elevadas, y son las que potencialmente pueden permitir al contratista realmente tener utilidades, ya que estas renegociaciones se hacen de manera poco transparente y no están sometidas a los procesos de competencia de ofertas”³⁰.

Es decir, riesgo moral: el contratante cambia su conducta una vez firmado el contrato (una vez que ya está dentro del proyecto).

Por último, mientras se desarrolla un proyecto, el mandante siempre estará evaluando si conviene o no continuarlo, o suspenderlo, o acelerarlo, modificarlo, reducirlo, ampliarlo, etc. Cada una de estas decisiones afectará al contratista, quien deberá incurrir, en algunos casos, en costos directos adicionales y, casi siempre, en costos indirectos o pérdida de oportunidades o de ganancias.

Como las situaciones descritas son usuales y, por lo mismo, previsibles, en la práctica los contratos han, tradicionalmente, estipulado determinados mecanismos y cláusulas diseñados para anular o, al menos, mitigar estos riesgos. Esto explica que los contratos de construcción tengan una fisonomía

³⁰ DUCCI *et al.* (2013), p. 12.

típica, en Chile y en todo el mundo. Dado el fenómeno de la globalización, los contratos no solo contemplan en general los mismos mecanismos, y responden a los mismos incentivos de conducta, sino que emplean, incluso, el mismo lenguaje. Son, en general, las mismas cláusulas, escritas igual.

III. DISEÑO CONTRACTUAL

PARA ENFRENTAR LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE ESTOS CONTRATOS

Durante décadas los contratos de construcción se han diseñado para enfrentar de la mejor forma posible los problemas específicos ya referidos. Es posible, con un afán de mero orden, clasificar estos mecanismos contractuales en las siguientes seis categorías.

1. Procedimientos previos a la firma del contrato tendientes a completar la información del oferente

Tratándose de contratos de cierta magnitud, el mandante se cuida de desarrollar un conjunto de procedimientos previos a la firma del contrato, que tienden a eliminar la asimetría inicial de información, traspasando al futuro contratista toda la información relevante para que pueda diseñar su oferta.

La parte más relevante de estos procesos precontractuales es aquella relativa a la definición precisa del alcance del proyecto y de sus exclusiones, y a su comunicación a los potenciales oferentes. Mientras más fino el proyecto, más eficiente será el proceso. Si no está suficientemente afinado,

“los licitantes tomarán los resguardos que consideren necesarios para cubrirse de eventuales riesgos asociados a la falta de información completa o asimetría de la misma”³¹.

Es usual, asimismo, que se permita, y promueva, que el futuro constructor conozca el terreno donde se emplazará el proyecto, y sus condiciones, y las potenciales interferencias que enfrentarán las obras, revelándole si se trata de un terreno donde existen otras operaciones que no deberán interrumpirse (por ejemplo, un proyecto tipo *brownfield*, en los que se aprovechan unas instalaciones ya existentes y que son modificadas, aumentadas como mejoradas) o si, por el contrario, se trata de un terreno sin operaciones actuales (por ejemplo, un proyecto tipo *greenfield*, que se realiza desde cero o se reemplaza en su totalidad el proyecto existente).

³¹ DUCCI *et al.* (2013), p. 13.

Además, se exhibe al interesado completa y detalladamente la regulación contractual que será aplicable, la que incluye al contrato mismo y una serie de documentos integrantes y normativa interna del dueño de la obra.

Para los efectos de asegurarse que el interesado haya entendido el alcance de proyecto y la regulación contractual aplicable, se le reconoce su derecho a efectuar consultas, solicitar aclaraciones y proponer modificaciones, estableciéndose al efecto un procedimiento adecuado³².

Los procedimientos señalados tienen, como se dijo, la finalidad de traspasar información (y responsabilidad) del dueño de la obra al contratista, lo que limita la selección adversa. Para asegurar este efecto, los contratos contemplan el correspondiente correlato obligacional del contratista, que consiste en exigirle declaraciones expresas de conocimiento del proyecto, del terreno, de la normativa, etc., estipular que el precio tiene un carácter comprensivo y excluyente (que se entiende que remunera la ejecución completa del proyecto), y otorgarle carácter de “documento integrante” al set de “Preguntas, aclaraciones & respuestas”³³.

³² El papel jurídico de las consultas, aclaraciones y respuestas ha sido analizado entre nosotros por WAGEMANN y MEREMINSKAYA (2017), p. 18, quienes enfatizan su relevancia para la formación del consentimiento del contrato. Nosotros enfatizamos su rol económico.

³³ Respecto de dicho “correlato obligacional” y en especial, respecto de las declaraciones del contratista que se incluyen en los contratos, las cláusulas suelen utilizar un lenguaje como el que sigue: “El Contratista declara que ha examinado los antecedentes técnicos y que conoce las exigencias en terreno que requerirán la ejecución del Contrato. Declara asimismo que tiene conocimiento del lugar en que se ejecutará la Obra o Servicio y de las condiciones existentes, incluyendo el subsuelo y la naturaleza de las operaciones que deberá realizar, y que, por consiguiente, comprende cabalmente cuáles son las facilidades, dificultades y restricciones relacionadas con la ejecución del Contrato. Además, el Contratista declara que ha examinado los antecedentes técnicos y que conoce las exigencias que, para la ejecución de la Obra, pueden imponer las autoridades, servicios públicos y municipales que tienen competencia sobre la materia; y que habiendo hecho su propia investigación, está conforme con la naturaleza y ubicación de la Obra o Servicio, como asimismo con las condiciones generales y particulares de aquella, al igual que respecto de cualquier otro asunto que, de un modo u otro, pudiere afectar la ejecución del Contrato. El Contratista declara que ha servido de base para formular su propuesta, el conocimiento que posee de las condiciones generales y locales que incluyen, pero no se limitan a, lo siguiente: (i) normas para registro de empresas contratadas y acceso de personas y bienes a los recintos de la Compañía o del Propietario; (ii) disponibilidad y calidad de la mano de obra, del agua, de la energía eléctrica y condiciones de los caminos; (iii) condiciones climáticas y de estación; (iv) hidrología y estado de ríos; (v) condiciones físicas del terreno y de la zona del Proyecto en conjunto; (vi) condiciones topográficas y de la superficie del Terreno; (vii) equipos e instalaciones que se necesiten inicialmente y durante la ejecución del Trabajo o Servicio, y (viii) disponibilidad y reglas de campamento y otras facilidades proporcionadas por la Compañía o por el Propietario. La falta del Contratista en tomar conocimiento de cualquiera de las condiciones señaladas no lo liberará de su responsabilidad de considerar adecuadamente tanto las dificultades como el costo de ejecutar con buen éxito sus obligaciones según se establecen en el Contrato”.

Este mecanismo está destinado a impedir que el contratista esgrima cuestiones de hecho que sabía o debía saber, sea para justificar atrasos o pedir más plazo, o para excusarse de incumplimientos o, en fin, para solicitar un ajuste del precio o la compensación de sobrecostos.

Dichos atrasos, extensiones de plazo, mayores precios y sobrecostos son la expresión concreta de las dificultades que pueden producirse por esta asimetría de información. El control de los costos asociados a este fenómeno se efectúa promoviendo el flujo real de información (desde el mandante al oferente) y trasladando contractualmente el riesgo al contratista, a través de cláusulas como la que se describe atrás.

Nuestra tesis es que si se cumplen esos dos requisitos (flujo real de información y traslado del riesgo), la contratación en estas materias resulta eficiente, en términos económicos, por lo que el derecho de los contratos debería permitir y promover este tipo de mecanismos y arreglos contractuales. Dicho en términos del derecho aplicado por los tribunales, lo que debería producirse es que el juez acepte como válido el traspaso de riesgo entre el mandante y el contratista, limitándose a chequear que se haya producido un flujo efectivo y suficiente de información antes del contrato, que el contratista haya tenido real oportunidad de conocer el proyecto, sus exigencias y normativa aplicable, y que la fuente de los atrasos, incumplimientos o sobrecostos no haya estado oculta, fuera del alcance razonable del estudio e inspección de un oferente diligente. Desde el punto de vista de la regulación sustantiva del contrato, no vemos obstáculo alguno para este tipo de mecanismos y pactos. Se reportarán más adelante los hallazgos del análisis jurisprudencial en estas materias.

2. Mecanismos previos a la firma del contrato tendientes a limitar la "Selección Adversa"

La asimetría de información no solo existe en cuanto al alcance de la obra y las condiciones para su ejecución (respecto de los cuales el mandante cuenta con mejor información que el oferente). Existe otra asimetría de información, pero en sentido inverso: el mandante posee mucho menos información que el potencial oferente respecto de la experiencia de este último, así como de su pericia, seriedad y solvencia. Esta asimetría informativa puede conducir a que se adjudique el contrato al oferente equivocado, es decir, a una selección adversa.

De ahí que se adopten mecanismos que tiendan a "escudriñar" las condiciones o calidades de los oferentes, para efectos de que el mandante cuente con mayor información para evaluar las ofertas.

La primera medida que suele adoptarse es limitar desde el inicio la participación a quienes estén seriamente interesados, imponiendo un

precio para la adquisición de las bases de la licitación. Salvo que el precio sea marginal, esto impone una barrera natural a la entrada, dejando de lado a agentes que solo desean “vitriñar” las condiciones del proyecto, u obtener información de interés comercial, así como a aquellos agentes que no cuentan con una solvencia financiera suficiente.

En la misma línea, se exige que los oferentes presenten una garantía de seriedad de su oferta, lo que los obliga a evaluar correcta y completamente el proyecto y su contexto, antes de presentar la oferta. Esto reduce la probabilidad de que existan ofertas frívolas o defectuosas.

Estos procesos precontractuales también incluyen mecanismos directos tendientes a que se acredite la pericia, experiencia, conocimientos y solvencia económica de los oferentes. No hay duda de que se trata de mecanismos que buscan eliminar la asimetría de información y minimizar la selección adversa³⁴.

Por último, el mandante se reserva el derecho a adjudicar el contrato a la oferta que sea más conveniente (según una evaluación combinada de precio, plazo, calidad, garantías, etc.), pero se aclara que la evaluación del dueño de la obra no podrá ser cuestionada (una especie de principio de libre convicción). Dejando fuera hipótesis dolosas, o de corrupción o de competencia desleal, este principio de la libre convicción funciona como una garantía de que el mandante, quien asume el riesgo comercial del proyecto, podrá adoptar libremente la decisión que maximice su riqueza, sin rigideces que entorpezcan la inversión. Es, por lo tanto, un mecanismo eficiente, en términos económicos.

Al igual que en el caso anterior, nuestra tesis es que si estos mecanismos son útiles para controlar el fenómeno de la selección adversa, minimizarán los costos transaccionales y aumentarán la eficiencia en la contratación. Siendo así, el derecho de los contratos y la jurisprudencia de los tribunales deberían permitir y promover este tipo de mecanismos, dándole pleno valor al principio de la libre convicción, como una derivación de la libertad contractual, y penalizando la conducta de oferentes que entreguen información falsa o errónea respecto de su pericia, experiencia, conocimientos o solidez financiera. De nuevo, postulamos que nuestro derecho sustantivo permite libremente pactar estos mecanismos, al no tratarse de materias sustraídas del ámbito de lo negociable. Se reportarán más adelante las conclusiones del análisis jurisprudencial en estas materias.

³⁴ CAMPERO (1992), por ejemplo, afirma que dentro de las medidas principales para prevenir reclamos de los contratistas (es decir, prevenir los conflictos asociados a la asimetría de información, bajo nuestro análisis) destacan aquellas relacionadas con la selección correcta del contratista, consistentes en el análisis de su seriedad y capacidad económica y técnica, p. 8 y ss.

3. Mecanismos contractuales que establecen y aseguran la invariabilidad relativa del precio

Una manera clásica de lidiar con la asimetría de información ha sido el traspaso del riesgo de precio, desde el mandante al contratista, a través de la denominada suma alzada y de la invariabilidad relativa del precio. Dicho traspaso de riesgo funciona sobre la base de que es el contratista el experto que puede controlar y mitigar de mejor manera el riesgo, lo que, a su vez, supone que haya comprendido a cabalidad el alcance y dificultades de la obra (supuesto buscado por los mecanismos referidos en los numerales 1 y 2 anteriores).

Los contratos intentan, entonces, definir de una manera comprensiva y excluyente el precio de la obra, estipulando renunciaciones expresas por parte del contratista a solicitar el pago de sobrecostos, y estableciendo que el precio solo se puede modificar a través de mecanismos formales³⁵.

Estas regulaciones contractuales pretenden impedir tanto la selección adversa como el riesgo moral. La selección adversa se limita porque el conocimiento oportuno del carácter invariable del precio provoca un verdadero desceme entre los potenciales oferentes: tenderán a presentar ofertas solo aquellos oferentes que hayan evaluado bien el proyecto, de forma tal de poder comprometerse seriamente con un precio fijo. Es decir, se pone una barrera a aquellos oferentes temerarios que ofrecen

³⁵ Los contratos suelen utilizar el siguiente lenguaje, respecto de la invariabilidad del precio y la necesidad de mecanismos formales para modificarlo: “La compensación total a pagar al Contratista por la íntegra y oportuna ejecución del Trabajo, Obra o Servicio, y por el cumplimiento de todos los términos y condiciones del Contrato, será la suma de los ítems de Suma Alzada y/o de Precios Unitarios, que se indique en el Contrato o en el Listado de Precios que lo complementa. Salvo que indique otra cosa expresamente el Contrato, se entenderá que dicho precio incluye o compensa al Contratista respecto de todos y cada uno de los costos de Movilización, Desmovilización, Gastos Generales, impuestos, cargas, utilidades y cualquier otro Costo Directo o Indirecto que deba incurrirse para la correcta y oportuna ejecución del Contrato. Los precios que correspondan a Suma Alzada se mantendrán fijos por toda la ejecución del Contrato. Sólo para fines contables, en caso de pagos por avance, el valor a Suma Alzada podrá ser desglosado en valores parciales. Asimismo, los precios de cada ítem de Precio Unitario que se establezca en el Contrato se mantendrán fijos e invariables durante toda su vigencia. Salvo que el Contrato establezca otra cosa, no procede el ajuste de los Precios por motivo alguno. A título meramente ejemplar, se deja establecido que no habrá ajuste en caso que existan variaciones de los volúmenes o cantidades ejecutadas con respecto a los volúmenes o cantidades estimadas, ni variaciones en el valor de los gastos generales y la remuneración o utilidad, sea por extensión de plazo o aumento de los volúmenes o cantidades a ser ejecutados bajo el Contrato. El Precio del Contrato solo se podrá modificar mediante una modificación formal de las condiciones del Contrato, firmada por los representantes legales de ambas Partes”.

un precio bajo sin asegurarse que les será rentable, con la sola intención de ganar el proyecto, y confiando en que una vez “adentro” podrán renegociar. Por su parte, y por lo mismo, el riesgo moral también se limita, pues una vez firmado el contrato el contratista no tendrá incentivos para demorar la obra o incurrir en sobrecostos innecesarios, ya que el precio no podrá reflejarlos.

De nuevo, postulamos que esta modalidad del precio, que supone un traspaso del riesgo técnico hacia quien lo entiende y controla, se utiliza, en la práctica, porque incentiva una contratación eficiente. No estamos de acuerdo con aquellas posiciones doctrinarias que, amparadas en la conmutatividad de los contratos o en el enriquecimiento ilegítimo, o en la buena fe contractual, o en la teoría de la imprevisión, tienden a aceptar demasiado liberalmente que se pueda ajustar el precio cada vez que el equilibrio económico del contrato se vea afectado³⁶.

Cabría preguntarse si el traspaso de este riesgo solo es legítimo respecto de hechos o situaciones que estaban presentes al momento de contratar (solo sobre ellas podría haber información), no siéndolo respecto de cuestiones sobrevinientes (si son imprevistas), que podrían justificar un ajuste contractual sobre la base de la teoría de la imprevisión. Nuestra respuesta es negativa: no creemos que el riesgo traspasable se limite a las cuestiones concomitantes a la contratación. La información que posee y que adquiere o debe adquirir un contratista experto no se limita en verdad a esas cuestiones, sino que alcanza a un análisis probabilístico del conjunto de situaciones futuras probables (escenarios de la naturaleza, dirían los economistas). Es la parte más informada, no exclusivamente por su conocimiento de proyecto, sino por su pericia. El traspaso de riesgo en estas circunstancias puede alcanzar no solo a lo imprevisto sino que a lo imprevisible, ya que es un experto quien evalúa y asume ese riesgo. Y como tal, debe entenderse

238

³⁶ Aparte de la teoría de la imprevisión y sin necesidad de acudir a ella, existen varios autores con posiciones semejantes. Véase PRADO (2014), p. 780, por ejemplo, cuando señala: “La posibilidad de ajustar el precio del contrato se produce, en cambio, precisamente cuando el contratista se ve obligado a incurrir en mayores costos asociados a la construcción de la obra por causas que no le son imputables. De esta manera, tratándose de un contrato conmutativo, con el objeto de mantener la equivalencia de las prestaciones recíprocas y evitar que una parte se enriquezca a costa de la otra se debe, en tal caso, ajustar el precio y extender los plazos para su ejecución”. O véase a RODRÍGUEZ (2017), p. 44, que afirma, aplicando al contrato de construcción reglas del mandato civil (sin un claro reenvío normativo, en nuestra opinión) y limitando en la práctica la autonomía de la voluntad, que “el riesgo de costos imprevisibles no puede traspasarse totalmente al contratista”. Estas interpretaciones son extremas. Si bastara para justificar un ajuste del precio con que la causa del sobrecosto no sea imputable al contratista o que sea imprevisible, el traspaso contractual del riesgo técnico desde la parte menos informada hacia la parte experta sería total letra muerta.

amparada en la autonomía de la voluntad la asunción de ese riesgo: ello se hace de una manera informada por una parte refinada.

El derecho de los contratos debería, entonces, permitir y promover este tipo de mecanismos; es decir, los jueces, salvo acuerdo en contrario o situaciones ocultas e imprevistas, no deberían acceder a demandas de sobrecostos en estos contratos. Con solo estipular que exista un “precio único prefijado”, sin más pactos expresos, el art. 2003 del *Código Civil* va en esa dirección. Con los pactos descritos, y en ejercicio de la libertad contractual, el tema nos parece totalmente zanjado. Veremos más adelante, qué han dicho nuestros tribunales al respecto.

4. Mecanismos contractuales destinados a asegurar la oportuna y correcta ejecución de la obra y eliminar la asimetría de información

Una vez iniciada la vigencia del contrato y, sobre todo, comenzada la ejecución de la obra o servicio de que se trate, se origina otra asimetría de información: es el contratista quien sabe cuál es la calidad de los trabajos realizados y de los materiales usados, así como el valor de los insumos, el ritmo de ejecución, y la existencia y relevancia de las interferencias, atrasos e incidentes de la obra. El mandante no tiene ninguna capacidad para observar todo ello, por lo que debe confiar en buena medida en que seleccionó correctamente al contratista. Ello pone de manifiesto la causa por la cual son tan relevantes los mecanismos referidos en los numerales 1, 2 y 3 de más atrás.

No obstante, dado que existe un claro conflicto de intereses entre ambas partes, los contratos no descansan únicamente en la confianza y la buena fe, sino que contemplan una larga serie de mecanismos tendientes, primero, a que la información respecto del avance y calidad de las obras fluya en forma oportuna hacia el mandante, y segundo, a que se limiten los riesgos de la operación y se asegure el correcto cumplimiento del contrato.

Dentro de estos mecanismos podemos encontrar:

- i) los procedimientos relativos con la identificación, control y mitigación de riesgos de la ejecución del contrato;
- ii) la normativa sobre acreditación de personal y maquinarias;
- iii) la inspección técnica de las obras y la existencia del libro de obras;
- iv) la existencia obligatoria de seguros, garantías de cumplimiento del contrato y garantía de correcta inversión de los anticipos;
- v) la garantía de calidad y corrección de errores y defectos;
- vi) el sistema de pago por avance y
- vii) el derecho a retener pagos.

Como es fácil de advertir, todos estos mecanismos son adecuados porque permiten mitigar los problemas derivados de la asimetría de in-

formación, lo que, a su vez, implica que los contratos sean más eficientes. El papel del derecho y de los tribunales es, en nuestra opinión, asegurarse de que estos mecanismos, libremente aceptados por el contratista, sean válidos y eficaces. Todas estas facultades pertenecen, sin duda, al ámbito de lo libremente negociable por las partes de un contrato de construcción.

*5. Mecanismos contractuales destinados
a limitar el fenómeno del “riesgo moral”*

Hemos explicado que la asimetría informativa durante la ejecución del contrato puede conducir al fenómeno conocido como riesgo moral, es decir, la modificación de la conducta de los contratantes una vez firmado el contrato. También explicamos que un contratista sin verdadero control enfrenta, en la práctica, incentivos a minimizar el costo de cumplir con el contrato, lo que lo puede conducir a retrasar el ritmo de ejecución o a bajar la calidad de los trabajos, de los materiales, del recurso humano, etcétera.

Este riesgo es una constante en la industria de la construcción. Por ello, los contratos contienen diversos mecanismos para mitigarlo, incluyendo:

- i) todo el conjunto de regulaciones mencionadas en los numerales 3 y 4 anteriores (invariabilidad relativa del precio, monitoreo y supervisión, seguros, garantías, pago por avance, etcétera);
- ii) la facultad del mandante de declarar la terminación del contrato por atraso o incumplimiento;
- iii) el establecimiento de cláusulas penales;
- iv) mecanismos expeditos de solución de conflictos;
- v) la facultad de efectuar los denominados “cobros revertidos”;
- vi) el establecimiento de formalidades voluntarias para modificar el contrato y especialmente el precio y plazo, y
- vii) el concepto de la integridad del contrato.

De estos mecanismos, los últimos tres ameritan una mayor explicación³⁷.

a) Los cobros revertidos

Por lo general, los contratos permiten “cobros revertidos” desde el mandante hacia el contratista, en caso que existan trabajos defectuosos o que no estén conformes con el proyecto, y el contratista no los corrija oportunamente, o en casos en que el mandante se vea obligado a ejecutar alcances que el contratista se niega a cumplir. Se trata de una facultad extraordinaria que se reserva el mandante y que le permite reaccionar

³⁷ La validez de las cláusulas referidas en los primeros cuatro numerales no presenta dudas, en nuestro concepto, en cuanto a su consagración en el ámbito de derecho sustantivo.

frente a incumplimientos, atrasos, desidia o desinterés del contratista³⁸. A pesar de que este tipo de facultades equivalen a una especie de autotutela de derechos, y dejando de lado el potencial abuso de ellas, creemos que también contribuyen a una contratación eficiente. Sin embargo, la “justicia por mano propia” que suponen implica que su validez pueda ser desafiada judicialmente.

b) Las formalidades voluntarias

Sin perjuicio de que el contrato de construcción es consensual por naturaleza, suele estipularse en él la necesidad de que sus modificaciones, especialmente respecto de la obra, su plazo y su precio, se efectúen por escrito y sean firmadas por los representantes legales de ambas partes, descartando, de esa forma, modificaciones verbales y aclarando que los administradores del contrato de ambas partes carecen de facultades para modificarlo. Se busca otorgar completa certeza jurídica respecto del contrato y de su alcance, desincentivando el típico alegato del contratista que pretexta que, de manera implícita o explícita, se la ha otorgado más plazo, o que se le ha reajustado el precio, o que se le ha instruido un cambio en el proyecto o, en fin, que de alguna manera se le ha prometido un ajuste en el equilibrio económico del contrato. Como se explicó más atrás, alegatos y conflictos como estos son comunes en la práctica. Postulamos que el derecho de los contratos debe reconocerle completo valor a este tipo

³⁸ El lenguaje de los contratos suele ser el siguiente: “Si durante la vigencia del Contrato, el Contratista recibiera una notificación de la Compañía para que corrija trabajos defectuosos o que no estén conformes con el contrato o sus bases técnicas, y en caso que el Contratista manifestase o diese a entender por su conducta que no puede o no desea proceder con la acción correctiva dentro del plazo establecido por la Compañía, o no responda la comunicación de la Compañía en un plazo no mayor a 5 días, la Compañía podrá efectuar el rediseño, reparación, repetición o reemplazo del trabajo defectuoso utilizando los medios más expeditos disponibles, y cobrar al Contratista los costos en que se incurra por tal motivo más un 15% adicional por concepto de *overhead* (en adelante, “Cobro Revertido”). Adicionalmente, si la Compañía aceptara o se viera forzada a ejecutar trabajos del Contratista, tales como limpieza, desmontaje o terminación de trabajos incompletos, la Compañía podrá ejecutar tales trabajos utilizando los medios más expeditos disponibles y cobrar al Contratista los costos en que se incurra por tal motivo (más el señalado *overhead*). En estos casos, la Compañía tendrá el derecho a facturar los costos ya descritos separadamente y a pagarse con las retenciones, boletas de garantía o pagos adeudados por otros conceptos al Contratista. El derecho de la Compañía de efectuar Cobros Revertidos es adicional a cualquier y todo otro derecho y recurso derivado del Contrato o de la ley. La ejecución de un Trabajo sobre la base de Cobro Revertido hecho por la Compañía, no liberará al Contratista de ninguna de sus responsabilidades emanadas del Contrato, incluyendo, sin que esta enumeración sea limitante, garantías explícitas o implícitas, estándares de calidad especificados, multas, responsabilidades e indemnizaciones contractuales y cumplimiento de los Hitos del Contrato”.

de formalidades voluntarias, que otorgan mayor certeza y disciplinan al contratista. Sin embargo, la doctrina en general acepta la validez de este tipo de pactos, pero le atribuye efectos más bien relativos³⁹. Más adelante se reporta qué ha dicho la jurisprudencia.

c) La integridad del contrato

La pretensión del contrato es que en él y solo en él constan todos los acuerdos de las partes respecto del objeto contratado. En otras palabras, se intenta aplicar lo que en derecho anglosajón se conoce como *parol evidence rule*, que impide a las partes que ya han plasmado por escrito sus acuerdos, el presentar otras evidencias, tales como acuerdos anteriores o comunicaciones, o negociaciones verbales, para contradecir los términos escritos⁴⁰. Esta regla busca certeza jurídica e intenta prevenir conflictos, al incentivar que las partes se esfuercen por reflejar por escrito todos sus acuerdos, so pena de no poder hacerlos cumplir de otra forma. También previene el abuso en que un contratante podría incurrir si le es posible

³⁹ Así, por ejemplo, a propósito de estos pactos en el contrato de compraventa, ALESSANDRI (2003) afirma: “como esta solemnidad emana de las voluntades de las partes, la ley ha pensado que pueden dejarla sin efecto [refiriéndose a la parte final del artículo 1802 del Código Civil]. De ahí que si estas derogan lo convenido al respecto, expresa o tácitamente, el contrato se convierte en consensual”, p. 79. Por su parte, MARTINIC y REVECO (2005) sostienen: “las formalidades voluntarias al ser establecidas por las partes pueden ser renunciadas (derogadas) expresa o tácitamente”, p. 11, que el incumplimiento de estas formalidades no se sanciona con la nulidad “puesto que los vicios de nulidad sólo pueden ser establecidos por el legislador (...). Por lo tanto [solo aplicarían las sanciones de] falta de prueba, inoponibilidad de un determinado hecho e indemnización de perjuicios”, p. 11, y que la “eficacia de estos pactos entonces parece bien restringida ya que la doctrina, por otro lado, estima que de todas maneras quedan a salvo los demás medios de prueba para probar la existencia del negocio que ahora parece controvertido, ya que se sostiene, con fundamento, que las normas que establecen los medios de prueba en juicio son de orden público y por lo tanto, pactos recaídos sobre los mismos adolecerían de objeto ilícito”, p. 22. (El lenguaje entre paréntesis cuadrados es añadido).

⁴⁰ El *Black's Law Dictionary* lo define así: “This evidence rule seeks to preserve integrity of written agreements by refusing to permit contracting parties to attempt to alter import of their contracts through use of contemporaneous oral declarations”. El lenguaje contractual usual es el siguiente: “El Contratista declara conocer cabalmente y aceptar en todas sus partes cada uno de los Documentos Integrantes del Contrato, los que deben considerarse como complementarios entre sí. Lo convenido o estipulado en uno cualquiera de tales documentos se considerará obligatorio como si estuviera estipulado en todos, excepto si específicamente se establece de otra manera. En caso de contradicción, discrepancias o inconsistencias entre los términos de los Documentos Integrantes, éstos prevalecerán en el orden en el que han sido listados más arriba. Las Partes dejan expresa constancia que este Contrato constituye el entendimiento completo y único de las mismas respecto de los Servicios y que reemplaza todas las negociaciones, entendimientos y acuerdos verbales y escritos previos de las Partes respecto del mismo”.

desatender lo pactado por escrito, esgrimiendo acuerdos previos. Si bien es bastante evidente la racionalidad de esta cláusula y su efecto favorable para la eficiencia de la contratación, no es igual de evidente la forma en que deba aplicarse en un contexto de derecho civil (por oposición al anglosajón). De hecho, la primacía de la voluntad de las partes por sobre la literalidad del contrato, que establece el art. 1560 del *Código Civil*, podría entenderse como un claro límite al efecto de esta cláusula. Como es habitual, postulamos que el derecho de los contratos debe reconocerle efecto a este tipo de limitaciones, para asegurar la eficiencia de la contratación.

6. Potestades especiales (exorbitantes) para el dueño de la obra

Hemos explicado que, como una obvia derivación del derecho de propiedad y de la libre iniciativa empresarial del mandante, este se reserva una serie de facultades especiales que se pueden calificar de exorbitantes, pues reflejan un verdadero desbalance entre las partes, pudiendo una (el mandante), incluso, dar por terminado unilateralmente el contrato, por cualquier motivo que sea, sin necesidad de indemnizar a la otra (el contratista).

Estas facultades especiales suelen ser las siguientes:

- i) modificar las obras y su alcance (*ius variandi*);
- ii) suspenderlas por un tiempo determinado y
- iii) terminar el contrato sin necesidad de causa (término por conveniencia).

Además, al dueño de la obra se le otorga la facultad de autotutelar en cierta medida sus derechos, reconociéndole atribuciones especiales de monitoreo, inspección y supervisión, y la potestad de aplicar administrativamente sanciones civiles al contratista (multas moratorias y compensatorias, retenciones, descuentos, pagos por subrogación, ejecución de garantías, etcétera).

De nuevo, postulamos que estas cláusulas contribuyen a la eficiencia de la contratación, por lo que el derecho de los contratos debería reconocerle completo valor, salvo hipótesis de abusos y de mala fe por parte del mandante. No es posible en estas páginas profundizar respecto del análisis dogmático de la validez de estas cláusulas en el derecho chileno. Sin embargo, podemos afirmar que, en nuestra opinión, no existen prohibiciones ni limitaciones que afecten la libertad de las partes para estipularlas, ni cuestiones de orden público involucradas. Existiendo un consenso informado y libre, la validez de estas cláusulas debería ser incuestionable. Se reportará más adelante qué han decidido nuestros tribunales al respecto.

IV. LA JURISPRUDENCIA CHILENA

FRENTE A LOS MECANISMOS ESPECIALES DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN

Como es evidente, una revisión exhaustiva de la jurisprudencia chilena en estas materias excede con mucho los límites de esta investigación⁴¹. Nos hemos limitado a efectuar una revisión completa de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos, y de la justicia arbitral institucional⁴², pero desde el año 2000 en adelante y solamente acudiendo a fuentes públicas⁴³, y dirigida a la interpretación de contratos de construcción respecto de la invariabilidad del precio y sobrecostos, las formalidades voluntarias (para cambio de precio, plazo y alcance), las facultades exorbitantes del mandante y la integridad e interpretación del contrato. Dado que con frecuencia las sentencias abordan más de uno de estos tópicos y, a veces, una misma sentencia acepta la validez de alguno de los mecanismos señalados, pero se la niega a otros, la presentación desagregada de las mismas es especialmente problemática. Para proporcionar la mayor claridad posible, clasificamos las sentencias en los siguientes cuatro tipos:

- i) las que cuestionan la validez de estos mecanismos;
- ii) las que aceptan estos mecanismos a condición de que se cumpla con los prerequisites de la configuración precisa y completa del

244

⁴¹ Ha habido algunos esfuerzos recientes de análisis jurisprudencial. Podemos citar a CORREA Y GARCÍA (2016) que concluyeron, respecto a los aumentos de precio por mayores costos, que: “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”. Estos autores notan, sin embargo, que: “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”. El mismo estudio concluyó, respecto de lo que hemos denominado la exigencia de formalidades voluntarias, 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”. CORREA Y GARCÍA (2016), p. 61.

⁴² El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago.

⁴³ Básicamente, Vlex, la página de jurisprudencia del Poder Judicial e internet. En Vlex fueron revisadas someramente las 703 sentencias que aparecen bajo la búsqueda “Contrato de construcción”, periodo año 2000 en adelante. De esa muestra, se revisaron en detalle 194 sentencias se refieren al concepto de “suma alzada”, 83 a “buena fe”, 57 a “atrasos”, treinta a “fuerza mayor”, doce a “enriquecimiento sin causa”, diez a “multas por atraso” y seis a “sobrecostos” (búsquedas reconfirmadas con fecha 8 de junio de 2018). Las dieciséis sentencias que se analizan en este estudio son aquellas que enfrentan en forma directa los temas que nos ocupan.

- proyecto y el conocimiento suficiente por parte del contratista del proyecto y del terreno en que se va a ejecutar;
- iii) las que aceptan la invariabilidad relativa del precio;
 - iv) las que reconocen la validez de cláusulas que imponen formalidades para entender modificado el contrato y
 - v) las que aceptan la validez de las facultades exorbitantes del mandante.

*1. Sentencias que no aceptan la validez
de los mecanismos contractuales en análisis*

a) Constructora XX Limitada con ZZ S.A.:

Árbitro arbitrador Luis Oscar Herrera Larraín, 22 de noviembre de 2004

El fallo

El arbitrador acoge la demanda de un contratista (por pago del saldo del contrato y de las obras adicionales) y también acoge, pero parcialmente, la demanda reconventional del mandante (por multa por atraso y mayores gastos). Acepta, por último, la posición del contratista en el sentido de que la multa por atraso se rebajó a la mitad por un acuerdo de las partes que no se materializó en una modificación formal del contrato.

El árbitro constata en primer lugar que el texto del contrato es claro. Sin embargo, el fallo señala:

“deberá dilucidarse si acaso las estipulaciones del Contrato conforme a su texto original han sido modificadas en el curso de su ejecución, ya sea directamente según sucede por ejemplo respecto de la rebaja de la multa diaria por atraso, según aduce [el contratista] y es negado por la contraria, y, sobre todo, si lo ha sido por la aplicación práctica que hayan hecho las contratantes de éste durante el curso de su desarrollo. Esto último, porque (...) el mandante y el contratista no siempre se ciñeron rigurosamente a las formalidades o procedimientos establecidos en el contrato...”⁴⁴

Lo anterior, ya que tratándose de un contrato consensual, se “admite válidamente su modificación voluntaria mediando el simple consentimiento mutuo, expreso o tácito”⁴⁵. Sobre la base de ello, en la parte decisoria da por establecido

⁴⁴ Constructora XX limitada con Zz S.A (2004), cons. 14.

⁴⁵ *Ibid.*

“que, en consideración a que las partes no se atuvieron estrictamente a los procedimientos estipulados en el Contrato respecto de ciertas materias acordadas en éste, ello significa que a través de esa conducta, salvo que conste lo contrario por reserva u otra forma, debe entenderse modificado lo convenido. Ello vale especialmente para establecer que principalmente a través del Libro de Obras las partes suprimieron obras (...), pero también ocurre que se adicionó o amplió con el encargo de ejecutar nuevas obras extraordinarias no contempladas en dicho Presupuesto y por ende en el monto de la Suma Alzada, o bien algunos trabajos fueron modificados”⁴⁶.

Relevancia del fallo

Esta sentencia no responde en absoluto a los principios que postulamos en estas páginas. La hipótesis básica del árbitro es que si las partes no ajustan su comportamiento al contrato, debe entenderse que lo están modificando, ya que el contrato de construcción es consensual por su naturaleza. Si bien reconoce que las partes pueden establecer las “formalidades voluntarias” a las que nos hemos referido⁴⁷, afirma que en este caso ello no ocurrió, y termina aceptando de una manera muy liberal la modificación del contrato en cuanto a su alcance y a las multas por atraso.

246

La posición doctrinal del árbitro es muy cuestionable. Nótese que no está acudiendo a la “verdadera intención de las partes” o a la “aplicación práctica del contrato”, para interpretar sus estipulaciones, cuestión que es legítima dado el tenor del art. 1560 del *Código Civil* (que señala que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más ella que a lo literal de sus palabras) y del art. 1564 del mismo código (que permite darle a las cláusulas contractuales el sentido que más se avenga a la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra). No se trata de esto, porque el mismo árbitro reconoce que las cláusulas del contrato son claras y que no existen dificultades interpretativas. El árbitro acude a la “aplicación práctica” (usando esa misma denominación) para entender que el contrato está siendo modificado tácitamente por las partes. Aquí lo que confunde el árbitro, en nuestro concepto, es la facultad natural de las partes, por acuerdo tácito o expreso, de dejar de aplicar ciertas disposiciones del contrato, en un caso particular, con una verdadera modificación del contrato. Que las partes dejen de aplicar ciertas cláusulas no significa sin más que esas cláusulas deban entenderse modificadas (ni menos suprimidas del acuerdo) en términos generales para la ejecución futura del contrato. Una

⁴⁶ Constructora XX limitada con Zz S.A. (2004), cons. 15, numeral (i).

⁴⁷ En el ya citado cons. 14.

cosa es renunciar tácitamente a darle efecto a una cláusula en especial, para un caso particular, y otra muy distinta es entender con ello que esa cláusula se modificó para todos los casos similares en el futuro.

Los contratos suelen, como se explicó más atrás, incluir cierto lenguaje que intenta evitar este tipo de interpretaciones. Por un lado, existe el ya explicado mecanismo de las formalidades voluntarias. Por el otro, una cláusula que se denomina “cláusula de no renuncia”, que dispone que el hecho de que alguna de las partes se abstenga de insistir sobre una observancia estricta de cualquiera de los términos y condiciones pactados en el contrato, o se abstenga o se demore en ejercer cualquier derecho o recurso que le otorgue el contrato o la ley, o que se abstenga de reclamar frente a un caso de incumplimiento del contrato, no liberará a la otra parte de ninguna de las futuras obligaciones establecidas en el contrato ni constituirá tampoco renuncia a ningún derecho de insistir en una ejecución exacta de lo convenido.

Esta interpretación del árbitro, tan liberal para apartarse de lo claramente estipulado en el contrato, va en el sentido contrario al que postulamos. Si esta fuera la posición dominante en nuestro medio, el contrato no serviría como un mecanismo para controlar la asimetría de información e impedir los fenómenos de riesgo moral y selección adversa.

b) Consultora e Ingeniería Gonzalo Benavides
con Comunidad Villa El Ensueño: Corte Suprema, 5 de mayo de 2015
El fallo

Recurso de casación en el fondo en contra de sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que revocó la de primer grado que había rechazado la demanda de un contratista y acogido la demanda reconventional del mandante. La Corte rechaza el recurso y queda a firme la sentencia de segundo grado, condenando al mandante a pagar el último estado de pago del contrato y el valor de obras extraordinarias.

El fallo reconoce que el contrato contenía una cláusula 7^a que disponía:

“será de costo del prestador responsabilizarse por las obras, imprevistos adicionales o extraordinarias no consideradas que surgieran al momento de la ejecución de las obras encomendadas”.

Sin embargo, avala la opinión vertida en la sentencia de alzada, en cuanto a que esa disposición contractual debe interpretarse en el sentido de que

“las obras adicionales de cargo del prestador del servicio corresponden a aquéllas que digan relación con la obra encomendada, entendiéndose que no parece razonable que un mandatario, pres-

tador o contratista en una relación contractual como la de autos, asuma indiscriminadamente todo tipo de obras adicionales o extraordinarias a aquéllas que han sido encomendadas. De esta forma, concluye la Corte, el costo de las obras reclamadas por la actora, que tuvieron su origen en las napas subterráneas encontradas, no pueden ser consideradas como parte del trabajo encomendado”⁴⁸.

Relevancia del fallo

Esta sentencia tiene interés porque acepta el pago de obras extraordinarias, haciendo excepción a la invariabilidad relativa del precio, fundado en una interpretación restrictiva de la típica cláusula contractual que traspasa los riesgos de precio al contratista. El mensaje ínsito de esta sentencia sería, entonces, el que estas cláusulas tienen aplicación, pero con un alcance limitado a la naturaleza de las obras encomendadas. Sin embargo, es evidente que una formulación como esa es extraordinariamente vaga y flexible, dejando abierto el tema, dependiendo de la casuística. A nuestro entender, el criterio más adecuado para otorgar certeza jurídica y posibilitar la operación de los mecanismos contractuales que nos ocupan en este trabajo, es dirimir este tipo de disputas de acuerdo con si la causa originadora de los sobrecostos era conocida por el contratista o si al menos debería haber sido conocida por un contratista de buena fe, experto y diligente. Si la conocía o debería haberla conocido, entonces la cláusula de traspaso de riesgo debería tener completo vigor. Si no, el riesgo debería mantenerse en el dueño de la obra. No parece una ruta suficientemente clara, el dirimir estas cuestiones basándose en la interpretación respecto del alcance original de la obra.

248

c) ZZ S.A. con Constructora XX Limitada:

Árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos, 18 de julio de 2005

El fallo

El árbitro rechaza por completo la demanda de indemnización de perjuicios del contratista y acoge en forma parcial la demanda reconvenzional del mandante, ordenando que se le compensen determinados pagos que debió efectuar a subcontratistas del contratista y condenando al contratista a pagarle la multa por atraso establecida en el contrato, pero en una cuantía menor que la estipulada.

Para justificar su decisión (de desoír parcialmente el contrato y rebajar la cuantía pactada de la multa por atraso), en primer lugar, el árbitro cues-

⁴⁸ Consultora e Ingeniería Gonzalo Benavides con Comunidad Villa El Ensueño (2015), cons. 3.

tiona el realismo del plazo del contrato, acudiendo al “sentido común” y reprochando a ambas partes una supuesta falta de previsión al respecto⁴⁹. Luego, el árbitro cuestiona que la multa no tenga límites temporales ni techo monetario⁵⁰. Concluye, afirmando:

“una multa por un monto del 0,2% del total del contrato por cada día de atraso, es excesiva en función de lo que normal y tradicionalmente se estipula en los contratos de construcción, en los que generalmente es menor que la estipulada en este contrato y, en todo caso, con un límite”⁵¹.

Por ello, argumentando también que existió responsabilidad compartida en el atraso⁵², decide que el monto de la multa que correspondiere por los días efectivos de atraso, será de un 0,1% del monto del contrato, y no del 0,2% pactado⁵³.

⁴⁹ ZZ S.A. con Constructora XX Ltda. (2005), Cons. II. 25.

⁵⁰ *Op. cit.*, cons. II. 26. Argumenta: “no es propio de una pena que tiene el carácter de moratoria, vale decir, por el simple retraso, que no tenga límite en el tiempo, ni un techo en función del monto total de la obra. En efecto, una multa que se cobra día a día sin ningún límite, puede llegar a sumas verdaderamente exorbitantes en relación al monto efectivo del contrato. Todo ello, sin perjuicio que pudieran existir retenciones a recibirse de la obra por observaciones que pudieran resultar caprichosas, y, en tal caso, la multa convenida seguiría corriendo”.

⁵¹ *Op. cit.*, Cons. II. 27. Esta afirmación es muy discutible: el porcentaje del valor del contrato que se carga como multa por día de atraso es variable en la práctica, pero siempre guarda una proporcionalidad con el plazo del contrato. Es decir, la multa diaria no puede ser de un 1% del precio si el plazo es de diez días (porque, excedido largamente el plazo, por ejemplo, al doble, la multa sería ínfima y no proporciona reales incentivos para cumplir); al revés, una multa diaria de un 1% para una obra que debe ejecutarse en quinientos días es excesiva, porque con un atraso tan solo un 20% del plazo, la multa ya equivaldría al valor total de las obras (y el precio desaparecería). Un 0,2% de multa diaria para una obra de trescientos días no parece ser tan excesiva como lo plantea el árbitro. Lo que sí ocurre en la práctica, tal como lo afirma el árbitro, es que estas multas suelen tener un límite, excedido el cual el mandante ya no puede aplicar más multas, pero puede declarar terminado el contrato por incumplimiento.

⁵² *Op. cit.*, Cons. II. 29.

⁵³ *Ibid.* Señala: “en equidad y prudencia, el monto de la multa debe ser reconsiderado, tanto por el alto porcentaje que implica en función del costo total de la obra, y, de otro lado, por las especiales circunstancias que en este caso han concurrido y a las que se ha hecho referencia en las consideraciones anteriores. Al haber existido una responsabilidad compartida en el atraso producido, cobra especial vigencia el precepto del Art. 2.330 del Código Civil que establece que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. A juicio de este Juez Árbitro, el bien jurídico que protege el citado precepto legal, constituye una norma de aplicación, no solamente en la responsabilidad extracontractual, donde se encuentra ubicado, sino que es perfectamente extrapolable a la de tipo contractual”.

Relevancia del fallo

Esta sentencia es decepcionante. Va también en la dirección contraria a aquella que proponemos. En vez de reconocerle estricto valor a las estipulaciones contractuales que tienden a controlar los efectos nocivos de la asimetría de información (como, por ejemplo, aquella que establece multas por atrasos en la ejecución de la obra), las relativiza y, peor aún, altera el acuerdo de las partes. Nótese que no discutimos las facultades de un arbitrador para dejar de aplicar o modificar los acuerdos de las partes, cuando se estime (y se fundamente) que la prudencia o la equidad así lo requieren. Lo que parece inapropiado es que en el marco de un contrato de construcción, suscrito entre partes sofisticadas, que entienden lo que leen, lo que acuerdan y lo que escriben, se acepte la posición de la parte afectada *a posteriori* por el acuerdo contractual, de que no debe respetarse el acuerdo adoptado. Es decir, se valida una conducta en la cual se observa claramente el fenómeno del riesgo moral.

El fundamento concreto de este fallo, además, es especialmente controvertible a la luz de nuestros análisis: si el plazo acordado para la ejecución de las obras no era realista o era, en el mejor de los casos, muy ajustado, pesaba sobre la parte experta (el contratista) la carga de hacer ver ese punto y no estar dispuesta a obligarse en esos términos, y menos con multas por atraso. Si se obligó, sabiendo o debiendo saber que el plazo era irrealizable o muy ajustado, no corresponde que una vez firmado el contrato y ejecutadas las obras, intente dejar sin efecto las multas pactadas. Eso es una manifestación pura y simple del ya descrito fenómeno del riesgo moral, el que precisamente los contratos buscan minimizar.

250

d) Ariel Larenas y Cía. Ltda. con Universidad de Chile:
Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre 2011

El fallo

Recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado que acepta la demanda de un contratista para revisar las condiciones pactadas en un contrato de construcción, aplicando la teoría de la imprevisión. La Corte confirma la sentencia apelada.

Principia esta sentencia configurando jurídicamente al contrato de construcción como bilateral, oneroso, conmutativo, consensual y de ejecución diferida⁵⁴. Luego, la Corte sostiene que, en atención a sus características jurídicas,

⁵⁴ Ariel Larenas y Cía. Ltda. con Universidad de Chile (2011), cons. 3.

“debe tenerse presente que el pacto debe guardar coherencia con la motivación que lleva a las partes a celebrarlo, siendo natural y propio que existan muy pocos espacios de discusión del precio y de las obras encomendadas ejecutar”⁵⁵.

Sin embargo, la sentencia agrega que:

“si en un contrato de esta naturaleza se produce una circunstancia grave, absolutamente imprevista e indispensable para la ejecución de la obra, es factible reconocer la teoría de la imprevisión y corresponderá al juez de la causa apreciar dicho presupuesto fáctico”⁵⁶.

Relevancia del fallo

Esta sentencia es de las pocas en Chile que reconocen sin ambages la validez de la teoría de la imprevisión, como un mecanismo para ajustar el balance económico que se dieron inicialmente las partes de un contrato. Excede por completo los límites de este estudio el profundizar acerca de este tema en general⁵⁷. Solo cabe comentar que la aceptación de esta teoría en el marco de los contratos de construcción desarmaría en buena parte el conjunto de mecanismos tendientes a eliminar los efectos nocivos de la asimetría de información entre los contratantes. Salvo en casos en que las partes no sean sofisticadas, el traspaso del riesgo de precio desde la parte menos informada a la parte experta, no debería tener como límite el surgimiento de imprevistos ni una extrema onerosidad sobreviniente. El precio debe ser invariable, salvo circunstancias ocultas, no imprevistos.

251

e) Obras con Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con fisco de Chile: Corte Suprema, 30 de agosto de 2016.

El fallo

Recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había confirmado la sentencia de primer grado, la que, a su vez, rechazó, en lo substancial, la demanda de un contratista por sobrecostos en un contrato de construcción, derivados de los cambios introducidos al proyecto durante su ejecución. El contratista alegaba que se había producido una ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato. Los fallos de grado habían considerado que la

⁵⁵ Ariel Larenas y Cía. Ltda. con Universidad de Chile (2011), cons. 3.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Véase MOMBERG (2010), pp. 29-64, para obtener una visión completa de esta teoría en Chile, en lo doctrinal y jurisprudencial.

pretensión del contratista era inconsistente con el hecho de que se hayan suscrito “convenios complementarios” entre las partes, respecto de cada cambio del alcance del proyecto, ya que todos los efectos económicos de las interferencias provocadas por dichos cambios debían entenderse consideradas en el ajuste de precio y plazo efectuados en esas modificaciones contractuales (ello, no obstante que el contratista había efectuado una reserva de derechos en algunos de los convenios complementarios).

La Corte revoca la sentencia y condena al mandante a indemnizar los perjuicios causados por las interferencias en el programa de trabajo. Argumenta que los ajustes de precios pactados en cada convenio complementario, incluso existiendo en ellos renunciaciones y finiquitos, se limitan al valor directo de las obras adicionales, y que no pueden entenderse como la contraprestación total respecto de las interferencias al proyecto en general. Es decir, para la Corte

“hubo consentimiento respecto de las obras que se agregan y se disminuyen, acerca del precio y plazo de las mismas, pero no respecto de indemnizaciones de perjuicios por eventuales incumplimientos contractuales que hayan podido verificarse”⁵⁸.

252

Por otra parte, la Corte rechaza la argumentación del fisco en cuanto a que estos contratos se rigen por el Reglamento para Contratos de Obras Públicas y que en él no se contemplan las indemnizaciones solicitadas por el contratista, menos aquella que se denomina “pérdida de productividad”. Señala que el fisco estaría

“pretendiendo al parecer con dicho planteamiento que normas de carácter reglamentario restringirían el derecho del contratista a ser resarcido íntegramente por los daños ocasionados por incumplimientos contractuales de la Administración, modificando con ello el régimen de responsabilidad contractual al que debe sujetarse el Estado”⁵⁹.

Agrega que la regulación expresa de dicho Reglamento respecto de los eventos en que hay que compensar al contratista,

“no implica que no rija el principio de reparación integral de daño, con los límites a los perjuicios directos y previsibles establecidos en el artículo 1558 del Código Civil en materia de responsabilidad contractual”⁶⁰.

⁵⁸ Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con Fisco de Chile (2016), cons. 2.

⁵⁹ *Op. cit.*, Cons. 32.

⁶⁰ *Op. cit.*, Cons. 2.

Relevancia del fallo

Este fallo es inquietante. Va en una dirección contraria a aquella que proponemos. Desconoce buena parte de los mecanismos que se han diseñado para disciplinar a los contratista e impedir el fenómeno del riesgo moral. Es especialmente chocante su argumentación respecto del efecto de los acuerdos de las partes al modificar el alcance de un proyecto. La incerteza jurídica que produce esta jurisprudencia es altísima. Si las partes deciden suscribir una modificación de alcance de un proyecto, modificando, en consecuencia, el precio y el plazo, debe, sin duda, entenderse que esas nuevas condiciones comerciales compensan al contratista de todos los efectos que la modificación conlleva, tanto de esos costos directos del nuevo alcance, cuanto de sus efectos indirectos en el programa de trabajo e interferencias que implica. Desde luego, las partes son dueñas de acordar las condiciones que deseen, y podrán aclarar que el nuevo precio solo compensa los costos directos y que los costos indirectos serán materia de otra acuerdo. No hay duda de ello. La cuestión es qué significa el silencio de las partes. La única respuesta consistente con la limitación de los costos de transacción de la industria y con la certeza jurídica, es que el silencio significa que los nuevos precios y plazos son en verdad los únicos ajustes al contrato y que el tema queda con ello zanjado.

Las cinco sentencias analizadas son, como se dijo, parcial o completamente discrepantes con la tesis de estas páginas. Veamos ahora sentencias que la apoyan.

2. Sentencias que aceptan estos mecanismos en la medida de que se cumplan los prerrequisitos consistentes en una configuración completa del proyecto y suficiente información del contratista

a) Empresa Constructora XX S.A. con Centro de Convenciones ZZ S.A.:
Árbitro arbitrador Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg,
6 de diciembre de 2004

El fallo

El árbitro rechaza las demandas recíprocas de indemnización entabladas por mandante y contratista, disponiendo que ambas partes deberán soportar por mitades el costo de reparación de ciertas obras mal ejecutadas o inconclusas⁶¹. Para arribar a la conclusión de que existiría responsabilidad compartida entre las partes, el árbitro señala:

⁶¹ Empresa Constructora XX S.A. con Centro de Convenciones ZZ S.A (2004), cons. 32.

“el proyecto original (...) sufrió retrasos, modificaciones y alteraciones durante su proceso de ejecución que son imputables tanto al mandante (...) en el sentido que éstas tuvieron su origen en el retardo de entrega de planos de arquitectura y cálculo, incorporación de nuevas obras, disminución y reformas de las mismas, circunstancias que dependían de profesionales a su cargo y de su propia decisión; como a [el contratista], en tanto ésta evidenció falta de recursos para obtener la ejecución de las obras en los tiempos prometidos en la propuesta”⁶².

Según el árbitro, entonces, “ambas partes han contribuido a crear las condiciones para irrogarse recíprocamente los perjuicios que cada una alega”⁶³.

Relevancia del fallo

Esta sentencia destaca que los mecanismos previstos en los contratos, que imponen al contratista la obligación de ejecutar las obras en plazo y asumiendo una invariabilidad relativa del precio (es decir, los mecanismos diseñados para mitigar el riesgo moral), tienen como precondition que el proyecto esté suficientemente afinado y que no sufra interferencias por parte del mandante. Si esa condición no se cumple, entonces no pueden trasladarse al contratista los riesgos de atraso y sobrecostos. Es decir, este fallo va en la dirección que consideramos apropiada para minimizar los costos de transacción en este tipo de contratos.

b) Petersson Nadine Ivette con Construck Ltda.:

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de noviembre de 2010

El fallo

Recurso de apelación del contratista de un contrato verbal de construcción a suma alzada, en contra de sentencia de primer grado que lo condena a devolver al mandante la diferencia entre el valor de obras previstas y el de las ejecutadas. Se acoge la apelación y se revoca la sentencia, declarando que se rechaza la demanda, en todas sus partes. En lo pertinente, la Corte señala:

“el contrato por suma alzada según lo define la doctrina, se denomina así cuando al contratista se le solicita que realice la obra (construcción, suministro, montaje) por un precio fijo en conformi-

⁶² Empresa Constructora XX S.A. con Centro de Convenciones ZZ S.A (2004), cons. 14.

⁶³ *Op. cit.*, cons. 31.

dad a las especificaciones y a un proyecto de diseño el cual debe estar prácticamente determinado y validado para construir, puesto que no puede tener variaciones importantes”⁶⁴.

Agrega:

“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 el asume el riesgo de la operación”⁶⁵.

Habida cuenta de ello, expresa, “el mandatario debe considerar, entre otros aspectos, un meticuloso análisis de los costos”⁶⁶. Adicionalmente, la Corte revela su análisis respecto de las fortaleza y debilidades de este tipo contractual:

“para el mandante la fortaleza del contrato en comento, es precisamente el precio fijo determinado por el constructor, el cual conoce desde un comienzo, y a su vez, la debilidad que aquél pudiese hallar en la referida convención sería que el proyecto de ingeniería o arquitectura que se entrega al contratista para que los evalúe a suma alzada debe ser completo y no puede ser alterado. Conforme a lo anterior, es tarea del mandante el proveer a su mandatario de un acabado plan de construcción, lo que en la especie -tal como ya ha quedado establecido en la sentencia de primer grado- fue omitido por la actora de la causa”⁶⁷.

255

Relevancia del fallo

Sin perjuicio de ciertas inexactitudes de la sentencia, sobre todo de nomenclatura⁶⁸, su importancia radica en que se refiera explícitamente a los fundamentos básicos para el debido funcionamiento de los mecanismos de control de costos de transacción que nos ocupan en este estudio. En

⁶⁴ Petersson Nadine Ivette con Construck Ltda. (2010), cons. 10.

⁶⁵ *Op. cit.*, cons. 11.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ La alusión a “contrato a llave cerrada” es derechamente errada. Pareciera ser una combinación entre los conceptos de suma alzada y llave en mano.

efecto, al igual que la sentencia anterior, esta destaca que es un requisito básico para que funcionen estos mecanismos que el proyecto esté afinado y no sufra alteraciones importantes (carga del mandante), y también que se efectúe un “meticuloso análisis de los costos” al diseñarse la oferta (carga del contratista). En otras palabras, que se minimice la asimetría de información. Cumplido aquello, el traspaso del riesgo de precio entre el mandante y el contratista debería tener pleno valor.

c) Constructora Taquicura S.A. con SERVIU Región de Coquimbo: Corte Suprema, 16 de mayo del 2013

El fallo

Recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que confirmó la de primer grado, que había acogido la demanda de un contratista por pago de obras adicionales en un contrato de construcción a suma alzada. La Corte rechazó el recurso, quedando a firme la sentencia de grado que acoge la demanda. Señaló que era un hecho acreditado el que “la topografía del terreno a la fecha de su entrega para la ejecución de la obra era distinta a la de la etapa de licitación”⁶⁹, por lo que correspondía que el mandante soporte el costo de las obras adicionales que debió ejecutar el contratista, “sin las cuales no era posible ejecutar la obra licitada”⁷⁰. Aclara la Corte que los

“estudios que los interesados deben hacer para luego realizar sus ofertas a que se refiere la parte recurrente dicen relación con las circunstancias existentes al momento del llamado a licitación y no a los cambios sustanciales sufridos con posterioridad, como se determinó en la causa. El recurso se funda en la situación del terreno a la época de la licitación, desconociendo que en la sentencia se estableció que entre esa época y la de la entrega del inmueble cambió sustancialmente la topografía, lo que significó que la demandante debiera realizar obras mayores...”⁷¹.

Este fallo tuvo un voto de minoría, para el cual debía rechazarse la demanda, ya 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

⁶⁹ Constructora Taquicura S.A. con Serviu Región de Coquimbo (2013), cons. 7.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

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”⁷².

Explica, además:

“del contrato acompañado por la parte demandante es posible advertir que ésta declaró ante notario que en general, todo gasto o pago de cualquier naturaleza que sea, que se produzca por causa o con ocasión de estos trabajos será de su exclusiva cuenta y riesgo, quedando SERVIU Región de Coquimbo libre de toda responsabilidad al respecto, así como que no tiene derecho a cobrar indemnización a dicho servicio ni podrá pedir modificaciones al contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen, ni por alzas que puedan ocurrir en el precio de los materiales o jornales, si ello no se ha pactado expresamente ni por cualquiera otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato”⁷³.

Por ello, concluye:

“...resulta del todo improcedente el pago del valor de las mayores obras que habría realizado la empresa constructora para llevar a cabo la ejecución del puente en cuestión, por lo que al acoger la demanda interpuesta los jueces del fondo incurrieron en el error de derecho que se les imputa desde que desatendieron la ley del contrato que regía a las partes, lo que determinó que acogieran la demanda”⁷⁴.

Relevancia del fallo

Esta sentencia resulta doblemente interesante.

En primer lugar, aclara, y con razón, que la invariabilidad del precio no rige si las condiciones de ejecución de la obra son distintas (substantialmente) de las condiciones vigentes al momento de la oferta efectuada por el contratista (más bien, al momento en que el contratista tuvo acceso a la información relevante para diseñar su oferta técnica y comercial). Si

⁷² Constructora Taquicura S.A. con SERVIU Región de Coquimbo (2013), cons. 4, voto de minoría.

⁷³ *Op. cit.*, cons. 3, voto de minoría.

⁷⁴ *Op. cit.*, cons. 5, voto de minoría.

esas condiciones se alteran de una manera costosa para el proyecto, ese nuevo costo debe ser soportado por el mandante.

En segundo lugar, el lenguaje empleado en el voto de minoría es clarísimo respecto del alcance teórico de la invariabilidad del precio, cuando señala:

“son los interesados en participar en una licitación quienes 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”⁷⁵.

Por ello, en un contrato a suma alzada, el riesgo de que la cantidad de trabajo sea mayor a lo previsto lo asume el contratista, al ofertar una cantidad determinada (la que prevé, según su conocimiento y experiencia). Toda esta argumentación parece impecable. Sin embargo, en el caso concreto, lo que habría sido comprobado en las instancias correspondientes es que las cantidades de trabajo variaron, no por una deficiente evaluación efectuada por el contratista al diseñar su oferta, sino que porque la condición del terreno fue alterada substancialmente desde la fecha de la licitación a la fecha de su entrega al contratista.

258

En cualquier caso, y por distintas razones, tanto el fallo como el voto de minoría ratifican la validez de los mecanismos contractuales analizados, y de sus necesarios prerequisites.

d) Constructora de Pavimentos Asfálticos Limitada con SERVIU Metropolitano: Corte Suprema, 21 de abril del 2014.

El fallo

Recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había acogido la demanda de un contratista por pago de obras adicionales en un contrato a suma alzada de reparación y mantención de pavimento de una avenida. La Corte rechazó el recurso, quedando a firme la sentencia de grado que acoge la demanda. Consideró que el contrato original no contemplaba esas obras adicionales, por lo que su suma alzada tampoco las comprendía. Para ello, acudió al contenido de las preguntas, respuestas y aclaraciones que se efectuaron en el momento de la licitación del contrato⁷⁶. Señala que el mandante

⁷⁵ Constructora Taquicura S.A. con SERVIU Región de Coquimbo (2013), cons. 5, voto de minoría.

⁷⁶ Constructora de Pavimentos Asfálticos Ltda. con Serviu Metropolitano (2014), cons. 6. Señala que ante la consulta número 7, consistente en “¿Qué sucede si en los sectores que tienen considerado fresado y recapado, después de ejecutado el primer trabajo se detecta

“se ha asilado únicamente en que en la especie se trata de un contrato a suma alzada para insistir en que los gastos de reparación debieron ser absorbidos por la demandante, haciendo caso omiso a las aclaraciones que oportunamente se le solicitaron respecto de los problemas estructurales que efectivamente surgieron al ejecutarse el proyecto y que ella descartó absolutamente, condición que pasó a formar parte de la convención relevando de responsabilidad a la contratista por los agrietamientos que prematuramente se produjeron, no obstante lo cual fue forzada a reparar para recibirle la obra”⁷⁷.

Por último, la Corte fundamenta su decisión en el principio de la buena fe contractual y en la imposibilidad jurídica de contradecir los actos propios. En efecto, argumenta:

“la respuesta a esa aclaración –como se dijo– constituye una manifestación del SERVIU que debe ser apreciada de acuerdo a los dictados de la buena fe objetiva, principio general de derecho (...). La conducta asumida por el Serviu de argüir la existencia de un contrato a suma alzada obviando las aclaraciones que forman parte de dicha convención constituye una falta de lealtad con su contraparte al hacerlo asumir obligaciones que no le corresponden so pretexto de no recibirle la obra”⁷⁸.

259

Relevancia del fallo

Esta sentencia es de alto interés para el tema que nos ocupa. Ratifica que los mecanismos básicos de control de la asimetría de información entre las partes y, en especial, del eventual comportamiento oportunista del contratista (esto es, la invariabilidad relativa del precio y la exigencia de

que la estructura no está en condiciones de recibir la capa asfáltica y debe ser bacheada por completo o la ITO en su momento define que debe ser reparada? ¿Será motivo de un aumento de obra? ¿Se puede considerar a cubo ajustable?”, el mandante responde: “No se prevé situaciones como la señalada, toda vez que aquellas áreas de pavimento que se encuentran hoy muy deterioradas superficialmente, tienen tratamiento de reposición”. En virtud de ello, la Corte concluye: “en el contrato se convino que en aquellos casos en que no se contempló un tratamiento de reposición sólo debía realizar fresado y recapado, de tal suerte que, cualquier obra que excediese a esas labores no debían considerarse estipulaciones del mismo y cualquier actividad distinta debería entenderse que eran obras extraordinarias a las pactadas”.

⁷⁷ Constructora de Pavimentos Asfálticos Ltda. con Serviu Metropolitano (2014), cons. 11.

⁷⁸ *Op. cit.*, cons. 13.

formalidades voluntarias), tienen como prerequisite la configuración precisa y completa del proyecto, y que el conocimiento del mismo y del terreno en que se va a ejecutar sea efectivo y suficiente. Es de notar, también, el valor, asociado a la buena fe contractual, que se le otorga al proceso de preguntas, respuestas y aclaraciones, previa a la contratación. En suma, un fallo que va en la dirección que postulamos.

3. Sentencias que reconocen plenos efectos a la invariabilidad relativa del precio

a) Constructora de Pavimentos Asfálticos con SERVIU:
Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de marzo del 2013

El fallo

Recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado que acoge demanda del contratista, de pago de sobrecostos de un contrato de construcción a suma alzada. La Corte revoca la sentencia apelada, rechazando en todas sus partes la demanda. Señala que es un hecho de la causa el que se detectaron defectos con posterioridad a la ejecución de las obras, y que “dichos defectos se produjeron por las características de las capas subyacentes del terreno sobre el cual se colocó la capa asfáltica”⁷⁹. Sin embargo, razona la sentencia, el contratista

“pudo y debió constatar las características del terreno con anterioridad a formular su propuesta, e incluir en ella todas las obras necesarias para una óptima ejecución del contrato conforme a tales características”⁸⁰.

Agrega que si el contratista

“no realizó los estudios pertinentes a fin de formular una oferta acorde a la realidad, no puede atribuir incumplimiento contractual a su contraparte por un error de diseño del proyecto, situación que debió advertir oportunamente”⁸¹.

La sentencia aclara, también, que no se vulneraron los derechos del contratista, dentro del proceso de licitación, de recibir información y de recabar los antecedentes necesarios para formular su oferta. Señala:

⁷⁹ Constructora de Pavimentos Asfálticos con Serviu (2013), cons. 9.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

“habiendo actuado ambas partes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, suscribieron el contrato materia de autos bajo la normativa y con las estipulaciones antes señaladas, todo lo cual impide estimar que [el mandante] incumplió dicho contrato por no haber informado a la contratista las características del terreno sobre el cual debían ejecutarse las obras licitadas”⁸².

Relevancia del fallo.

Esta sentencia reconoce totalmente la validez del mecanismo de traspaso del riesgo de precio, desde la parte menos informada a la más experta. Es, además, muy interesante el hecho de que no se exija una prueba fehaciente para determinar que el contratista conocía las condiciones de terreno: basta con que debiera conocerlas. Si el proceso precontractual, en este caso un proceso licitatorio, contemplaba el derecho del contratista a informarse del proyecto, sus particularidades y dificultades, entonces era su carga diseñar una oferta técnica completa y ofrecer un precio y un plazo suficientes. Si no consideró en su oferta económica todos los antecedentes que conoció o debió haber conocido, entonces no puede *a posteriori* solicitar un ajuste de la suma alzada fijada en el contrato.

b) Constructora Monteverde Limitada con Municipalidad de San Clemente: Corte de Apelaciones de Talca, 4 de diciembre del 2013.

261

El fallo

Recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado que rechaza demanda de un contratista por pago de aumento de obras y obras extraordinarias. El contratista afirma que dichas obras deben entenderse autorizadas por el mandante o que, en subsidio, deben indemnizárseles para impedir el enriquecimiento ilícito de su contraparte. La Corte confirma la sentencia apelada, rechazando en todas sus partes la demanda. En primer lugar, constata que la cláusula tercera del contrato contemplaba la regla de la invariabilidad relativa del precio⁸³. Luego, reporta que la cláusula cuarta del contrato expresa que el mandante podrá solicitar al contratista un aumento de obras u obras extraordinarias hasta un 10% del monto total contratado. Y que en caso de que el aumento exceda el 10% del contrato, el contratista podrá presentar al mandante un nuevo presupuesto sin la limitación indicada⁸⁴. Por ello, la Corte concluye:

⁸² Constructora de Pavimentos Asfálticos con Serviu (2013), cons. 11.

⁸³ Constructora Monteverde Ltda. con Municipalidad de San Clemente (2013), cons. 9.

⁸⁴ *Ibid.*

“las partes establecieron la opción de realizar modificaciones contractuales, y siendo el presente un contrato a suma alzada se refieren a obras que se incorporan o agreguen para llevar a mejor término la obra contratada, los que consistían en que tanto las obras extraordinarias como los aumentos de obra debían ser acordados con el mandante”⁸⁵.

Sobre la base de lo anterior, razona la Corte:

“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”⁸⁶.

Agrega que cualquier manifestación de voluntad distinta a la formal que exigía el contrato resulta inocua, por lo que debe rechazarse la demanda⁸⁷.

262

Relevancia del fallo

Esta sentencia reconoce por completo la validez del traspaso del riesgo de precio y, además, del mecanismo que hemos denominado de las “formalidades voluntarias”, y rechaza, entonces, la pretensión de entender modificada la suma alzada por medios implícitos.

c) Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A.
con Ministerio de Obras Públicas:
Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de julio de 2014

El fallo

Recurso de queja en contra de sentencia arbitral que había aceptado demanda de contratista (concesionario de obra pública) en contra de su mandante (el fisco) por mayores costos en un contrato de construcción, por paralizaciones de la obra debido a protestas ciudadanas motivadas por las molestias que le produjeron a la población la ejecución del proyecto. El fallo recurrido, de la Comisión Arbitral de Obras Públicas, había decidido

⁸⁵ Constructora Monteverde Ltda. con Municipalidad de San Clemente (2013), cons. 10.

⁸⁶ *Op. cit.*, Cons. 11.

⁸⁷ *Ibid.*

aceptar la demanda, dejando de aplicar lo dispuesto en el art. 22 n.º 2 de la Ley de Concesiones, que establece:

“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”.

La Corte revocó la sentencia arbitral y rechazó por completo la demanda. Señaló que, si bien el fallo había declarado que, razonando en justicia y equidad,

“la condición de construcción a entero riesgo de la concesionaria tiene límites y no puede extenderse a sobrecostos derivados de hechos o circunstancias imprevisibles, de responsabilidad completamente ajena al concesionario e incluso derivados directamente del actuar de la contraparte”⁸⁸,

no había aclarado cuáles serían los límites de ese traspaso de riesgos. Agrega que en la sentencia arbitral

“No se expresan argumentos de ninguna índole que sirvan de sustento a esta conclusión y cómo es que los ‘hechos o circunstancias imprevisibles’ a que aluden, no quedarían comprendidos en la expresión genérica “cualquier otra causa” que esta norma contempla”⁸⁹.

Termina, afirmando:

“dejar de aplicar la normativa a la que las partes se encontraban sujetas, sin señalar fundadamente los motivos que así lo hicieran

⁸⁸ Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. con Ministerio de Obras Públicas (2014), cons. 5.

⁸⁹ *Ibid.*. Agrega en el cons. 4: “aun aceptándose que en su calidad de arbitadores pudieran no estar sujetos a la obligación de dar cumplimiento a un texto legal plenamente aplicable a la materia de la controversia, se hacía necesario razonar dando los motivos que los llevaron a pasar por sobre dicho mandato, puesto que su desconocimiento lleva implícita la idea que la norma no es la consagración de lo justo, fin último pretendido por toda norma jurídica, sino que apartándose del mismo, da pábulo para una inequidad que con su sentencia pretenden corregir. No hay razonamientos que convenzan sobre la realidad de tan excepcional situación. Precisamente, por estar dotados de tan amplias facultades es que, con mayor razón, les era exigible justificar plenamente su proceder, especialmente si consideraron que, en su concepto, existe una colisión entre lo que la ley manda y lo que la equidad aconseja, optando por esta última y desestimando aquella por inicua. No basta para dar por cumplido este deber, con solo aludir genéricamente a la prudencia y la equidad”.

necesario para la decisión de la controversia y luego, resolver de acuerdo a la equidad, pero con prescindencia de las alegaciones y las pruebas rendidas por la demandada, que ameritaban hacerse de cargo de ellas razonadamente, configuran hechos que deben ser considerados como faltas graves que le restan validez a la sentencia dictada, por lo que el recurso deducido es plenamente procedente, por ser la única forma idónea para subsanar las mismas”⁹⁰.

Determinado lo anterior, la Corte analiza si

“los hechos que sirven de sustento a lo pedido en la demanda, más allá de las causas que los originaron, escapan a la previsión de esta norma”⁹¹.

Descarta, asimismo, la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor, teniendo en cuenta la exigente definición que de ellos hace la ley. Pasa a determinar, entonces, el alcance de la expresión “cualquier otra causa”, expresión que acusa a los árbitros haber ignorado completamente. Expresa, además:

264

“En su literalidad no origina duda alguna en cuanto que es comprensiva de cualquier hecho o circunstancia que acontezca, de manera que, prescindiendo de lo que origina el uno o la otra, las consecuencias siempre importarán un riesgo que debe asumir la concesionaria. Considerando los términos tan amplios de esta norma, no es posible divisar de qué manera pudiera fijársele límites y qué hechos pudieran no estar comprendidos por ella”⁹².

Concluye:

“Si se tiene en cuenta que los retrasos se produjeron por las paralizaciones debido a las protestas ciudadanas, se trata de hechos que deben considerarse como de aquellos a que se refiere la norma y que por ello constituyen un riesgo que debió asumir la concesionaria”⁹³.

⁹⁰ Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. con Ministerio de Obras Públicas (2014), cons. 10.

⁹¹ *Op. cit.*, cons. 11. Dicha norma señala: “Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

Relevancia del fallo

Esta sentencia es muy relevante para los temas que nos ocupan. Reconoce total valor al traspaso de riesgos del mandante al contratista. Sin perjuicio de que en este caso la norma en cuestión está establecida en el estatuto legal aplicable (Ley de Concesiones), el razonamiento del fallo es completamente extrapolable a los casos en que ese traspaso de riesgos se efectúa a través del contrato, que se transforma en ley para las partes. La invariabilidad relativa del precio, como mecanismo para controlar la asimetría de información y el eventual comportamiento oportunista de las partes, queda reconocida y fortalecida con esta sentencia.

d) Sociedad Corral y Alcaíno Ltda. con Codelco Chile:
Corte Suprema, 18 de agosto de 2015

El fallo

Recurso de casación en el fondo y forma en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, que revocó el fallo de primer grado, rechazando, en definitiva, la demanda de un contratista por sobrecostos en un contrato a suma alzada de servicios de aseo interior, exterior y mantención de áreas verdes. El contratista sostenía que se encontraban comprobadas las prestaciones adicionales que habían provocado los sobrecostos, y que debían compensarse aun tratándose de un contrato a suma alzada, para evitar un enriquecimiento sin causa del mandante. La Corte Suprema no acoge el recurso y deja a firme la sentencia de segundo grado, que rechaza la demanda. Argumenta:

“la sentencia impugnada, luego de constatar que la de primera instancia concluía que el contrato entre las partes era a suma alzada, afirma que ‘los riesgos de errores en dicho Proyecto se entienden asumidos por el primero (esto es, por el demandante), ya que debe realizar un estudio completo y exhaustivo del mismo y añadir en él todo aquello que considere ausente, habida consideración de que el valor de su oferta se considerará ‘cerrado’ una vez firmado el contrato’ (considerando décimo primero, paréntesis agregados)”⁹⁴.

Agrega:

“citada declaración se hace cargo de la supuesta prestación de servicios en exceso de lo contratado, en el sentido de que por tratarse de un contrato a suma alzada dicho exceso era de riesgo del contratista.

⁹⁴ Sociedad Corral y Alcaíno Ltda. con Codelco Chile (2015), cons. 3.

Al ser de riesgo suyo, la demanda debía ser necesariamente rechazada, sin que tuviera incidencia la extensión de la sobre ejecución”⁹⁵.

Relevancia del fallo

Esta sentencia simple tiene la virtud de reconocer la invariabilidad relativa del precio y la validez del mecanismo contractual que le atribuye al contratista, parte más informada respecto de las exigencias técnicas del proyecto, la carga de analizarlo y evaluar suficientemente los requerimientos físicos, técnicos y económicos para ejecutarlo. Explicábamos más atrás que si se cumple con un flujo real de información del mandante hacia el contratista, previo a presentar su oferta, y si el contrato se firma bajo la modalidad de suma alzada (es decir, traspasando el riesgo de precio al contratista), el juez debería negarse a compensar sobrecostos, salvo que la fuente de los mismos haya estado oculta, fuera del alcance razonable del estudio e inspección de un oferente diligente. Esta sentencia respalda esta posición.

4. Sentencias que reconocen la validez de cláusulas que imponen formalidades voluntarias

a) XX con ZZ: Árbitro arbitrador Javier de Iruarrizaga Samaniego, 25 de octubre de 2010

266

El fallo

El árbitro acoge la demanda de un contratista, cuyo mandante había puesto término unilateral al contrato, expulsándolo de la faena y entregándole la obra a un tercero. Argumenta que esa actuación unilateral del mandante constituye una violación a la buena fe contractual⁹⁶. Sostiene que, a pesar de que el contrato establece que el incumplimiento del contratista habilita al mandante a poner término de inmediato al contrato, sin necesidad de requerimiento ni declaración judicial alguna,

“no corresponde al mandante calificar unilateralmente, por sí y ante sí, este incumplimiento. Si, a juicio del mandante, el constructor hubiere incurrido en faltas que ameriten la terminación anticipada del contrato, debió haberlo reclamado así ante el Árbitro Arbitrador designado, ya que se trata evidentemente de un hecho controvertido a ser resuelto breve y sumariamente tal como estipula la cláusula trigésima del contrato”⁹⁷.

⁹⁵ Sociedad Corral y Alcaíno Ltda. con Codelco Chile (2015), cons. 3.

⁹⁶ XX con ZZ (2010).

⁹⁷ *Op. cit.*, visto 18.

Sin perjuicio de lo anterior, el árbitro denegó el pago de ciertos montos que reclamaba el contratista por concepto de estado de pago final (relacionados con determinados alcances extraordinarios), señalando:

“Si bien es cierto que los conceptos anteriores pueden implicar aumentos de obras u obras extraordinarias, y como tales dar lugar a cobros adicionales por sobre el precio alzado del contrato, para hacerlos exigibles la demandante debió acreditar al Tribunal la existencia del encargo, la orden de trabajo, su realización efectiva, y además de ello debió acreditar el monto comprometido por cada una de estas partidas”⁹⁸,

lo que no habría ocurrido en la especie.

Relevancia del fallo

Como es fácil de apreciar, esta sentencia reconoce solo parcialmente la validez de ciertos mecanismos contractuales diseñados para reducir los costos de transacción asociados a la asimetría de información. En efecto, por un lado, el sentenciador le resta toda utilidad y validez a la potestad del mandante de declarar terminado el contrato por incumplimiento, señalando:

“si, a juicio del mandante, el constructor hubiere incurrido en faltas que ameriten la terminación anticipada del contrato, debió haberlo reclamado así ante el Árbitro Arbitrador designado”⁹⁹.

Es decir, esa cláusula sería letra muerta. E ineficaz este mecanismo ideado por las partes para promover la eficiencia económica del contrato. Por el otro, el fallo sí reconoce, de manera implícita, la validez de la exigencia contractual de formalidades voluntarias para modificar el alcance de las obras y el precio, al rechazar el pago de obras extraordinarias demandadas.

b) Constructora Monteverde Limitada
con Municipalidad de San Clemente:
Corte de Apelaciones de Talca, 4 de diciembre de 2013

El fallo

Esta sentencia ya fue analizada con motivo de la invariabilidad relativa del precio¹⁰⁰. Aquí lo que interesa destacar es que, como uno de sus fun-

⁹⁸ XX con ZZ (2010), cons. 10.

⁹⁹ *Op. cit.*, visto 18.

¹⁰⁰ Véase sección IV. 2. (b).

damentos, la sentencia señala que la cláusula cuarta del contrato expresaba que el mandante podrá solicitar al contratista un aumento de obras u obras extraordinarias hasta un 10% del monto total contratado. Y que

“en caso de que el aumento exceda el 10% del contrato, el contratista podrá presentar al mandante un nuevo presupuesto sin la limitación indicada”¹⁰¹.

Siendo así, si el mandante aceptaba formalmente el presupuesto, se modificaba el contrato. Si no lo aceptaba, no debían efectuarse las mayores obras. Agrega la Corte:

“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”¹⁰².

268

Y concluye que cualquier manifestación de voluntad distinta a la formal que exigía el contrato resulta inocua, por lo que debe rechazarse la demanda¹⁰³.

Relevancia del fallo

Esta sentencia reconoce por completo la validez de las “formalidades voluntarias”, y rechaza la pretensión de entender modificada la suma alzada por medios implícitos.

c) Constructora e Inmobiliaria Sierra Bella Limitada con SERNAM:
Corte Suprema, 10 de septiembre de 2015

El fallo

Recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la de primer grado, que había rechazado la demanda de un contratista por incumplimiento de contrato

¹⁰¹ Constructora Monteverde Ltda. con Municipalidad de San Clemente (2013), cons. 9.

¹⁰² *Op. cit.*, cons. 11.

¹⁰³ *Ibid.*

de construcción a suma alzada, en la que se solicitaba el pago de una serie de modificaciones al proyecto original que habría ordenado el mandante. El fundamento de las sentencias de primer y segundo grado fue que no existió un pacto de obras complementarias o nuevas que implicaran una nueva asignación de fondos de aquellos que ya habían sido otorgados para la obra original, y que cualquier modificación debió cumplir con los requisitos establecidos en el contrato.

El contratista sostenía que las modificaciones y obras extraordinarias que se realizaron para el éxito del proyecto, originaron una alteración en las bases del negocio que ambas partes consintieron, y que dicha variación lesionó el contrato mismo, lo que permitiría su revisión. Alegó, además, que las mayores obras fueron realizadas a petición expresa del mandante, por lo que atendido lo dispuesto en el art. 1.560 del *Código Civil*, conocida claramente la intención de los contratantes, debía estarse más ella que a lo literal de sus palabras.

La Corte Suprema rechaza el recurso y deja a firme el rechazo de la demanda. Señala:

“los precios pactados fueron a suma alzada, estipulándose en la cláusula séptima que todo aumento de obras, plazos u otra modificación que no fuera imputable a la demandada debía dar un estricto cumplimiento de las Bases de la Licitación, no generando un costo adicional por sobre el valor contratado”¹⁰⁴.

269

Y que:

“si bien existieron modificaciones a las obras que se encontraban en proceso, la demandante no lo planteó como un aumento de obras o como obras nuevas, ni tampoco informó que ellas significarían un incremento de los recursos asignados, caso en el cual, debió recurrir al procedimiento pactado, esto es, notificar oficialmente a la demandada que las modificaciones implicarían recursos adicionales, discutiéndose la modificación del contrato con la respectiva autorización contractual y presupuestaria, suscribiendo un nuevo instrumento y actualizando las garantías correspondientes”¹⁰⁵.

Relevancia del fallo

Esta sentencia reconoce por completo la validez del mecanismo de las “formalidades voluntarias”, y rechaza, entonces, la pretensión de entender

¹⁰⁴ Constructora e Inmobiliaria Sierra Bella Ltda. con SERNAM (2015), cons. 7.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, cons. 12.

modificada la suma alzada por medios implícitos. Va en la dirección que nos parece adecuada.

*5. Sentencia que acepta la validez
de las facultades exorbitantes del mandante*

a) XX Ingeniería y Construcciones S.A. con Sociedad ZZ S.A.:
Árbitro mixto Don Jorge Barros Freire, 20 de diciembre de 2004

El fallo

El contratista demanda al mandante para obtener declaración de incumplimiento de contrato de ejecución de obras, solicitando se declare la resolución del mismo y la indemnización de los perjuicios sufridos. Le imputa al mandante haber intervenido las obras de una manera arbitraria. El árbitro rechazó la demanda principal, declarando que la intervención de las obras por parte del mandante fue el mero “ejercicio de su derecho, expresamente establecido en la convención y sus anexos”¹⁰⁶. Asimismo, acoge parcialmente la demanda reconventional del mandante, declara que el contratista incumplió el contrato, confirma que el cargo a retenciones de la garantía de fiel cumplimiento se ajustó al contrato y aplica las multas por atrasos estipuladas en el contrato.

Para ello, el árbitro señaló:

“las Bases Administrativas del Contrato (...) regulan la intervención de las obras en términos que se relacionan con los posibles incumplimientos del contratista”¹⁰⁷.

Explica que esas bases ordenan notificar al contratista para que solucione o remedie el incumplimiento y que

“si así no acontece, la [mandante] puede tomar la medida de intervención de las obras o bien poner término anticipado al contrato”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ XX Ingeniería y Construcciones S.A. con Sociedad ZZ S.A. (2004), cons. 16.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, cons. 11.

¹⁰⁸ *Ibid.* Agrega que en esas bases se “detallan diversos derechos y obligaciones de la [mandante] (...), en particular, las de practicar, a la fecha de la intervención, después de oír al contratista, el avalúo de la suma de dinero que el contratista haya percibido en razón de lo realizado hasta el momento en que [el mandante] deba tomar, con cargo [al contratista], las obras no realizadas o no acreditadas, y otros valores que allí se indican. Se deja establecido en estas bases que, una vez determinados y certificados los costos de terminación y conservación, las multas que procedan por atraso y los demás costos que refiere, se establecerá la diferencia que corresponda. En el caso de que la diferencia sea

En opinión del árbitro, el mandante ejerció legítimamente sus facultades contractuales.

Relevancia del fallo

Reconoce total valor a las cláusulas que en este trabajo hemos denominado como “exorbitantes”, que están diseñadas para disciplinar al contratista, otorgándole al mandante la facultad de autotutelar sus derechos. La clave en estos casos está en que, sin perjuicio de la natural revisión judicial *a posteriori* respecto de si existió o no el incumplimiento del contratista que invoca el mandante, se permita *a priori* que el mandante intervenga las obras y el contrato. Se sirve mejor a la eficiencia de los contratos (y se minimizan los perjuicios por la asimetría de información) el que los mandantes puedan intervenir los contratos preliminarmente, sin necesidad de autorización judicial previa. Y es un bien que los jueces así lo entiendan.

CONCLUSIONES

Los agentes económicos suscriben contratos, es decir, efectúan intercambios para maximizar su riqueza, acceder a los bienes que más aprecian, desarrollar sus proyectos y alcanzar los denominados excedentes cooperativos. Cuando los contratos no son de ejecución instantánea, surge la necesidad de diseñarlos de manera de eliminar al máximo las probabilidades de incumplimiento, distribuir adecuadamente los riesgos y proporcionar a las partes incentivos correctos y suficientes. Con ello, se limitan los costos de transacción y se producen intercambios eficientes. La regulación y, sobre todo, los jueces deberían favorecer la validez de los contratos que las partes diseñan para obtener estos objetivos.

Analizados los contratos de construcción en Chile, y en especial aquellos con precio a suma alzada, podemos concluir que están diseñados no solo para traspasar el riesgo de precio desde el mandante hasta el contratista (que es la parte que está en mejor posición para evaluar y controlar dicho riesgo), sino que para eliminar o mitigar los problemas que la ciencia económica atribuye a la asimetría de información. En el caso de estos contratos, la asimetría informativa tiene la particularidad de cambiar de sentido, según la etapa contractual: antes de la celebración del contrato

en favor de la concesionaria, se descontará de las retenciones. En todo caso, el contratista tendrá derecho a verificar por sí mismo los asientos contables hechos por la [mandante] y que el costo dado por la terminación de las obras sea correcto. En la especie, [el mandante] adoptó la alternativa de intervenir las obras e hizo efectiva con ello la garantía de fiel cumplimiento”.

es el mandante quien cuenta con mayor información sobre la obra, sus alcances y dificultades; luego, una vez comenzada la ejecución, es el contratista quien tiene un contacto directo con las obras y, por ende, mayor y mejor información. Además, la construcción en sí misma presenta ciertas características de bienes de confianza y de uso, por lo que su calidad no es evidente para el mandante. Por último, los actos del contratista no son perfecta o completamente observables por el mandante. Todo esto conduce a una alta probabilidad de comportamientos oportunistas (riesgo moral) y a fenómenos de selección adversa.

Para limitar los efectos nocivos de los referidos fenómenos de selección adversa y riesgo moral, que derivan de la asimetría informativa, los contratos suelen contemplar ciertos procedimientos previos a la firma, tendientes a traspasar información en ambos sentidos, así como diversos mecanismos que establecen y aseguran la invariabilidad relativa del precio, que promueven la oportuna y correcta ejecución de la obra, limitando los incentivos del contratista a presentar comportamientos oportunistas, y a reconocerle al dueño de la obra ciertas potestades especiales (exorbitantes) para autotutelar sus derechos e intereses.

De la jurisprudencia analizada podemos extraer las siguientes conclusiones:

272

1. Solo en cinco de las sentencias analizadas¹⁰⁹ se cuestiona directamente la validez de estos mecanismos. Las once sentencias restantes de la muestra analizada reconocen estos mecanismos y les otorgan pleno valor.
2. De dichas once sentencias, destacan cuatro,¹¹⁰ que establecen con total claridad que los mecanismos básicos de control de la asimetría de información entre las partes, y en especial del eventual comportamiento oportunista del contratista (esto es, la invariabilidad relativa del precio y las exigencia de formalidades voluntarias), tienen siempre como prerrequisito la configuración precisa y completa del proyecto y el conocimiento suficiente por parte del contratista del proyecto y del terreno en que se va a ejecutar.

¹⁰⁹ Constructora XX Ltda. con ZZ S.A. (2004); Consultora e Ingeniería Gonzalo Benavides con Comunidad Villa El Ensueño (2015); ZZ S.A con Constructora XX Ltda. (2005); Ariel Larenas y Cía. Ltda. con Universidad de Chile (2011) y Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con Fisco de Chile (2016).

¹¹⁰ Empresa Constructora XX S.A. con Centro de Convenciones ZZ S.A. (2004); Petersson Nadine Ivette con Construck Ltda (2010); Constructora Taquicura S.A. con Serviu Región de Coquimbo (2013) y Constructora de Pavimentos Asfálticos Ltda. con Serviu Metropolitano (2014).

3. Son, asimismo, muy relevantes otras tres sentencias¹¹¹, en las que se otorga pleno valor a aquellas cláusulas que imponen formalidades para entender modificado el contrato, especialmente respecto de la obra, su plazo y su precio (lo que hemos denominado, formalidades voluntarias), no obstante la naturaleza consensual del contrato de construcción.
4. Otro tanto ocurre con una sentencia en especial¹¹², que es la única que reconoce sin restricción alguna lo que hemos denominado facultades exorbitantes del mandante, en especial aquella de dar por terminada la obra e intervenirla, en caso de incumplimiento del contratista, sin necesidad de solicitar que se declare en forma previa dicho incumplimiento por el juez o el árbitro.
5. Por último, siendo esto probablemente lo más importante, en seis¹¹³ de las sentencias analizadas se respeta el principio básico de traspaso de riesgo en estos contratos, esto es, la invariabilidad relativa del precio.

En suma, revisada la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos, se puede concluir que, en general, los jueces tienden a respetar y aplicar estos mecanismos contractuales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

273

- ABELIUK, René (1983): *Las obligaciones*. Santiago: Ediar.
- AKERLOF, George (1970): "The Market for 'Lemons' Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *Quarterly Journal of Economics*, n.º 84. Cambridge, MA.
- ALESSANDRI, Arturo (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (2004). *Tratado de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN (2018): "Relación entre Mandantes y Contratistas. Encuesta año 2016, Santiago". Disponible en <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/38853-2.pdf>. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- CAMPBELL, Henry C. (1990): "*Black's Law Dictionary*". 6ª ed. St. Paul: West Publishing Co.

¹¹¹ XX con ZZ (2010), Constructora Monteverde Ltda. con Municipalidad de San Clemente (2013) y Constructora e Inmobiliaria Sierra Bella Ltda. con SERNAM (2015).

¹¹² XX Ingeniería y Construcciones S.A. con Sociedad ZZ S.A. (2004).

¹¹³ Constructora de Pavimentos Asfálticos con Serviu (2013), Constructora Taquicura S.A. con Serviu Región de Coquimbo (2013), Constructora Monteverde Ltda. con Municipalidad de San Clemente (2013), Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. con Ministerio de Obras Públicas (2014), Sociedad Corral y Alcaíno Ltda. con Codelco Chile (2015) y Constructora e Inmobiliaria Sierra Bella Ltda. con SERNAM (2015).

- CAMPERO, Mario (1992): “Prevención y manejo de reclamos en contratos de obras civiles”. *Revista de Ingeniería de Construcción*. n.º 13. Disponible en www.ricuc.cl/index.php/ric/article/viewFile/356/299. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- COOTER, Robert y Thomas ULEN (2002). *Derecho y Economía* (trad.) Eduardo L. Suárez. 2ª reimpression de la 1ª ed. en español México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- COOTER, Robert y Thomas ULEN (2016). “Law and Economics”. Disponible en <https://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- CORRAL, Hernán (2009): “La responsabilidad civil de los empresarios constructores y arquitectos por ruina o construcción defectuosa de edificios”, en Raúl TAVOLARI (coord.). *Doctrinas esenciales, Derecho Civil, responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Puntotex.
- CORREA, Pablo y Benjamín GARCÍA (2016): “Incumplimiento 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”. Disponible en www.uria.com/documentos/publicaciones/4965/documento/art05.pdf?id=6214. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- DUCCI Jorge *et al.* (2013): “Ventajas y riesgos de contratos llave en mano”. Banco Interamericano de Desarrollo Sector de Infraestructura y Medio Ambiente. Disponible en <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6006/Ventajas%20y%20riesgos%20de%20contrato%20llave%20en%20mano.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- ENGEL, Eduardo (1998): “Protección a los consumidores en Chile: ¿Por qué tan poco y tan tarde?”. *Serie Economía*. n.º 35°. Santiago.
- FIGUEROA, J. Eduardo (2016): “Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno”. Disponible en: <http://schdc.cl/wp/los-contratos-de-construccion-fidic-frente-al-derecho-chileno/>. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- GLOVER, Jeremy (2007): “FIDIC: an overview”. Disponible en: <http://fidic.org/node/6159> [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- HOLMSTRÖM, Bengt (1979): “Moral Hazard and Observability”. *The Bell Journal of Economics*. Vol. 10. n.º 1. ciudad.
- MARTINIC GALETOVIC, María Dora, Ricardo REVECO URZÚA (2005). “Las formalidades voluntarias”. *Revista Jurídica (UCES)* n.º 9. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=62925&print=2> [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- MOMBERG, Rodrigo (2010): “Teoría de la Imprevisión: La necesidad de su regulación en Chile”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. n.º 15. Santiago.
- RODRÍGUEZ PINTO, M. Sara (2017). “Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato de construcción”, en Juan Eduardo FIGUEROA VALDÉS, *Derecho de construcción: análisis dogmático y práctico*. Santiago: CoEdiciones.

- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2016). “Contrato para la confección de obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 23. n.º 2. Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/contrato+para+la+confeccion+de+obra+material/CL/vid/657162241 [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- SPENCE, Michael (1973): “Signaling, Screening, and Information”, in Sherwin ROSEN (ed.), *Studies in Labor Markets*. Chicago: University of Chicago Press.
- SUTHERLAND, 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*. n.º 22. Santiago.
- PRADO, Arturo (2014): “El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41. n.º 2. Santiago.
- WAGEMANN FARFAN, Alex, Elina MEREMINSKAYA (2017): “La formación del consentimiento en el contrato de construcción de obra privada: el rol de las aclaraciones y respuestas a consultas”, en Juan Eduardo FIGUEROA VALDÉS, *Derecho de construcción: análisis dogmático y práctico*. Santiago: CoEdiciones.

Jurisprudencia citada

- Ariel Larenas y Cía Ltda/Universidad de Chile (2011): Corte de apelaciones de Santiago, 22 de septiembre 2011 (acción de cumplimiento de contrato), en Vlex, Código de búsqueda 563627006 [fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Autopista Del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. Con Ministerio De Obras Públicas: (2014), Corte de apelaciones de Santiago, 31 de julio de 2014 (recurso de queja sobre sentencia arbitral en acción de incumplimiento de contrato) en Vlex, Código de búsqueda [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Constructora de Pavimentos Asfálticos con Servicio de Vivienda y Urbanización (2013): Corte de apelaciones de Santiago, 7 de marzo del 2013 (acción de cumplimiento de contrato), en Vlex, Código de búsqueda 579646566. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Constructora de Pavimentos Asfálticos Ltda. con Serviu Metropolitano (2014): Corte Suprema, 21 de abril del 2014 (acción de cumplimiento de contrato) en Vlex, Código de búsqueda 506793434. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Constructora e Inmobiliaria Sierra Bella Ltda. con Servicio Nacional de la Mujer (Sernam) (2015): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2015 (recurso de casación en el fondo sobre acción de cumplimiento de contrato), en Vlex, Código de búsqueda 582261326. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Constructora Monteverde Ltda. Con Municipalidad De San Clemente (2013): Corte de apelaciones de Talca, 4 de diciembre del 2013 (acción de incumplimiento de contrato) en Vlex, Código de búsqueda 586506470. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].

- Constructora Taquicura S.A. con Serviu Region de Coquimbo (2013): Corte Suprema, 16 de mayo del 2013 (recurso de casación en el fondo sobre acción de indemnización de perjuicios) en Vlex, Código de búsqueda 471737722. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Constructora Xx Ltda. Con Zz S.A. (2004): Árbitro Luis Oscar Herrera Larraín, 22 de noviembre de 2004 (acción de pago del precio), en CAM Santiago. Disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/364.pdf [fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Consultora e Ingeniería Gonzalo Benavides con comunidad Villa El Ensueño (2015): Corte Suprema, 5 de mayo de 2015 (recurso de casación en el fondo sobre acción de cobro de pesos), en Vlex, Código de búsqueda 568884434. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Empresa Constructora Xx S.A. Con Centro De Convenciones Zz S.A. (2004): Árbitro Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg, 6 de diciembre de 2004 (acción de cumplimiento contrato). Disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/327.pdf [fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Obrascon Huarte Lain S.A. agencia en Chile con fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 30 de agosto 2016 (recurso de casación en el fondo sobre acción de indemnización de perjuicios) en Vlex, Código de búsqueda 647895237. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Petersson Nadine Ivette con Construck Ltda. (2010): Corte de apelaciones de Valparaíso, 29 de noviembre de 2010 (acción de indemnización de perjuicios), en Vlex, Código de búsqueda 235747395. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Sociedad Corral y Alcaino Ltda. con Codelco Chile (2015): Corte Suprema, 18 de agosto del 2015 (recurso de casación en la forma y en el fondo sobre acción de cobro de pesos), en Vlex, Código de búsqueda 580171730. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Xx Ingeniería Y Construcciones S.A. Con Sociedad Zz S.A. (2004): Árbitro Jorge Barros Freire, 20 de diciembre de 2004 (acción de incumplimiento de contrato), en CAM Santiago. Disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/422.pdf [fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Xx Con Zz (2010): Árbitro Javier de Iruarrizaga Samaniego, 25 de octubre de 2010 (acción de resolución de contrato), en CAM Santiago. Disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/1067.pdf [fecha de consulta: 8 de junio de 2018].
- Zz S.A Con Constructora Xx Ltda. (2005): Árbitro Claudio Illanes Ríos, 18 de julio de 2005 (acción de incumplimiento de contrato), en CAM Santiago. Disponible en www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/444.pdf [fecha de consulta: 8 de junio de 2018].