

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Sutherland Borja, Thomas

CONDICIONES IMPREVISTAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN A SUMA  
ALZADA Y SU APLICACIÓN AL SITIO DE LAS OBRAS

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 22\*, 2014, pp. 161-195

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838888004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## CONDICIONES IMPREVISTAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN A SUMA ALZADA Y SU APLICACIÓN AL SITIO DE LAS OBRAS

## UNFORESEEN CONDITIONS IN LUMP SUM CONSTRUCTION CONTRACTS AND ITS APPLICATION TO THE WORKSITE

## CONDITIONS IMPRÉVUES DANS LES CONTRATS DE CONSTRUCTION À PRIX FORFAITAIRE ET SON APPLICATION SUR L'ENDROIT DE TRAVAIL

*Thomas Sutherland Borja\**

### RESUMEN

161

La regla segunda del artículo 2003 del *Código Civil* permite al constructor solicitar una revisión del precio cuando circunstancias imprevisibles le hacen incurrir en mayores costos. Este trabajo revisita la norma a la luz de ciertos principios generales del Derecho para cuestionar el alcance y el fundamento jurídico que tradicionalmente se le atribuyen. Junto con esto, se proponen ciertos parámetros que deben regir la renegociación del precio entre las partes o la determinación del aumento del precio por parte del tribunal, según corresponda. El trabajo finaliza con un repaso de los diversos tipos de cláusulas utilizados habitualmente para alterar los efectos de la norma en estudio, y la conveniencia de incorporar dichas estipulaciones en un contrato. El análisis de la disposición se ha efectuado tomando las condiciones imprevistas en el suelo como caso base, debido a que éstas constituyen una causa recurrente de conflictos de relevancia entre las partes en la industria de la construcción.

Palabras clave: imprevisto, suelo, construcción, suma alzada.

---

\* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociado de Barros y Errázuriz Abogados. Dirección postal: avenida Isidora Goyenechea 2939, piso 10, Las Condes, Chile. Artículo recibido el 24 de enero de 2014 y aceptado para su publicación el 10 de abril de 2014. Correo electrónico: [tsutherland@bye.cl](mailto:tsutherland@bye.cl)

## ABSTRACT

Rule 2 of article 2003 of the Chilean *Civil Code* enables the contractor to request a revision of the contract price when unforeseeable circumstances cause increased costs. This paper revisits the norm in light of certain general legal principles in order to challenge the extension and legal foundation that it has traditionally been attributed with. This work also offers certain parameters that guide the renegotiation process between the parties or the determination of the price increase by the tribunal, when applicable. This work concludes with a review of the clauses most commonly used to alter the rule's effects, as well as the convenience of their inclusion. The mentioned rule has been analyzed by adopting unforeseen site conditions as the base case, since it is a recurring cause for relevant disputes between the parties in the construction industry.

Key words: Unforeseen, ground, construction, lump sum.

## RÉSUMÉ

162

La deuxième règle de l'article 2003 du *Code Civil* du Chili permet au constructeur de demander une révision du prix lorsque les circonstances imprévues engagent des coûts disproportionnés. Cet article analyse la règle à la lumière de certains principes généraux du droit, notamment le droit de contester la portée et le fondement juridique qui lui a été attribué traditionnellement. En outre certains paramètres qui devraient régir la renégociation du prix parmi les parties ou de la détermination de la hausse des prix par le tribunal, le cas échéant proposé. Le texte finalise par un aperçu des différents types de clauses couramment utilisés pour modifier les effets de la règle analysée, et l'importance d'introduire de telles stipulations dans un contrat. L'analyse de la disposition a été faite en fonction des conditions imprévues sur le sol comme un cas de base, car ils sont une source récurrente de conflit entre les parties concernées dans l'industrie de la construction.

Mots clés: imprévue, terrain, construction, somme forfaitaire

## INTRODUCCIÓN

Quien ha puesto pie en el sitio de una construcción se habrá impresionado de la marcada verticalidad que existe en la cadena de mando del personal de la empresa contratista. Ello, sumado al uso de cascos, botas, uniformes

y maquinaria pesada hacen que dichas empresas se asemejen a las instituciones castrenses. La similitud entre este tipo de compañías y las fuerzas armadas no es azarosa, puesto que tal como lo señaló John W. Kern III, juez de la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia en Nueva York:

“con la excepción de un campo de batalla, en ninguna otra parte deben los hombres coordinar el movimiento de otros hombres y materiales en el medio de tal caos y con una certeza tan limitada de hechos presentes y ocurrencias futuras como en un gran proyecto de construcción”<sup>1</sup>.

Liderando las variables productoras de tal caos e incertidumbre se encuentra el suelo de los sitios de las obras, al punto en que la Institution of Civil Engineers ha indicado que es éste donde las cosas tienen más probabilidades de salir mal en un proyecto, afectando a una de cada dos construcciones de edificios comerciales y a un 37% de las obras de edificios industriales<sup>2</sup>. El descubrimiento de condiciones adversas del terreno normalmente se traduce en un aumento de costos para el constructor y un incremento en el tiempo previsto para la recepción de lo encargado por el mandante. Los vicios ocultos del suelo y sus efectos en los contratos de construcción cobraron especial relevancia y vigencia a propósito de la ejecución de las obras para la ampliación del canal de Panamá<sup>3</sup>. El proyecto, de un presupuesto inicial de aproximadamente USD 5.250.000.000, se vio detenido cuando el consorcio constructor liderado por Sacyr alegó que había incurrido en supuestos sobrecostos por sobre USD 1.600.000.000 causados por problemas geológicos no detectados<sup>4</sup>. Tal detención enfrascó al consorcio constructor en una negociación con la autoridad del canal de Panamá, la cual se extendió hasta mediados de marzo de 2014, generando pérdidas millonarias para ambas partes<sup>5</sup>. Casos como éste hacen que sea necesario tener claridad sobre el sentido y alcance de la disposición legal que se ocupa de regular este tema en nuestro ordenamiento jurídico privado, así como de los distintos tipos de cláusulas habitualmente utilizadas en la industria para alterar los efectos que establece la ley.

163

<sup>1</sup> Blake Construction Co. con Coakley Co. (1981). Traducción del autor.

<sup>2</sup> ICE (1991), pp. 2-3.

<sup>3</sup> Para mayor información sobre el proyecto visite [www.acp.gob.pa/eng/](http://www.acp.gob.pa/eng/)

<sup>4</sup> Diario *El País*, sección Economía, 4 de enero de 2014. Disponible en [http://economia.elpais.com/economia/2014/01/04/actualidad/1388871782\\_371304.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/01/04/actualidad/1388871782_371304.html). [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2014].

<sup>5</sup> Diario *El País*, sección Economía, 14 de marzo de 2014. Disponible en [http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/agencias/1394768532\\_559229.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/03/14/agencias/1394768532_559229.html). [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2014].

Este trabajo analiza la regla 2ª del artículo 2003 del *Código Civil*<sup>6</sup>. Si bien ésta abarca todas las circunstancias imprevistas que puedan ocurrir en el marco de la ejecución de una obra bajo un contrato de construcción a suma alzada, se han tomado los vicios ocultos del suelo como el caso base para el objeto de este estudio, debido a que éstos constituyen una causa recurrente de conflictos de relevancia entre las partes en la industria de la construcción, siendo tratados con especial detalle por las partes al momento de negociar y redactar sus convenciones. Ello no obsta a que los principios y conclusiones que desarrollan en este trabajo (tales como la extensión de la aplicación de la Regla 2ª, su fundamento jurídico y sus efectos) pueden ser extendidos a otras circunstancias imprevisibles distintas de las condiciones geotécnicas del sitio de las obras, habida consideración de sus respectivas particularidades.

Este trabajo se divide en cuatro secciones:

- La primera, analiza los requisitos que la norma establece para su aplicación.
- La segunda, revisa el fundamento jurídico de la Regla 2ª a la luz de la teoría de la imprevisión, el enriquecimiento sin causa y la debida diligencia.
- La tercera, estudia los efectos de la norma, centrándose en la extensión de los deberes de las partes en la renegociación del precio y los criterios que el juez debe considerar al momento de determinar su monto en virtud de la revisión judicial.
- La cuarta, se detiene en las diversas cláusulas habitualmente utilizadas para alterar los efectos de la norma en estudio en relación con los vicios ocultos del suelo y sus consecuencias.

## SECCIÓN I ÁMBITO DE APLICACIÓN

### *La Regla 2ª. Requisitos para su aplicación.*

La Regla 2ª señala:

“En los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: 2ª. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren

---

<sup>6</sup> Toda referencia a un artículo sin indicar su ley se entenderá hecha al *Código Civil*, y por “Regla 2ª” deberá entenderse la regla segunda del artículo 2003 del mismo *Código*.

costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”.

De ello se desprenden como requisitos copulativos para su aplicación:

- i) que mandante y constructor de encuentren vinculados por un contrato de construcción;
- ii) que su objeto sea la construcción de un edificio;
- iii) que el constructor se encargue de ejecutar la totalidad de la obra;
- iv) que la compensación del constructor consista en un precio único prefijado;
- v) la ocurrencia de circunstancias desconocidas y
- vi) que aquellas circunstancias ocasionaren costos que no pudieron preverse.

Primer requisito.

La existencia de un contrato de construcción.

Concepto y naturaleza jurídica

Al no existir una definición expresa en el *Código Civil*, la doctrina ha elaborado diversas conceptualizaciones del contrato de construcción<sup>7</sup>. Sin embargo, hay consenso en que sus elementos esenciales son la obligación de una parte de ejecutar una obra y la obligación de la otra de pagar por ello una contraprestación, lo que se desprende de los artículos 1996 y 1915. Por su lado, la mayoría de los autores coinciden en clasificar esta convención como bilateral, onerosa, conmutativa, consensual y normalmente principal.

Tratándose de su naturaleza jurídica, el artículo 1996 dispone que si la materia principal es suministrada por el mandante, el contrato tiene la naturaleza jurídica de arrendamiento, mientras que si el constructor suministra los materiales éste tiene la naturaleza jurídica de compraventa, pero con la particularidad de que no se perfecciona sino por la aprobación del mandante. Por último, el inciso final señala que el arrendamiento de obra se rige por las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las reglas generales contenidas en el párrafo 8 del título XXVI.

A pesar de la aparente simpleza y efectividad de la técnica legislativa del artículo 1996, su redacción genera diversos problemas de aplicación de las demás normas del párrafo 8º, incidiendo directamente en el alcance de la Regla 2ª.

<sup>7</sup> Distintas definiciones (todas muy similares entre sí) se pueden encontrar en ALBORNOZ (2005), p. 39; WACHHOLTZ (1999), p. 5; CONTRERAS Y PRADO (1996), p. 4; MANRÍQUEZ (1960), p. 11 y PRAT (1940), p. 5.

Si el mandante suministra los materiales, el inciso final del artículo 1996 dispone que las reglas legales aplicables sean las del propio párrafo 8, las cuales son complementadas de manera supletoria por las *reglas generales del arrendamiento*. El problema de remisión radica en que no se especifican cuáles son esas reglas, toda vez que el artículo 1915 indica que tal contrato puede tener tres objetos distintos (conceder el uso de un bien, ejecutar una obra o prestar un servicio), cada uno con su propio apartado y con artículos especiales para dicho negocio, lo que dificulta la interpretación e integración de las normas del párrafo 8<sup>8</sup>.

Cuando el constructor suministra los materiales, las dificultades para determinar la naturaleza jurídica del pacto son aún mayores. En esos casos la ley lo califica como una compraventa, pero con la particularidad que se perfecciona con la aceptación de la obra por parte del mandante. El momento del perfeccionamiento ha generado diversas posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de este contrato, siendo la mayoritaria la de una compraventa condicional de cosa futura<sup>9</sup>, mientras que una postura minoritaria, pero reputada señala se estaría frente a una promesa unilateral de vender<sup>10</sup>. El problema de ambas teorías es que dejan fuera del período de vigencia contractual todas las etapas previas a la aceptación de las obras (incluyendo la construcción misma), las cuales suelen ser aquéllas en que las partes se relacionan con mayor intensidad y que normalmente regulan con mayor detalle en virtud de cláusulas especiales. Por otro lado, la época del perfeccionamiento que plantearía el artículo 1996 no es consistente con el texto de los artículos 1999, 2002, 2003 (y, por lo tanto, la Regla 2<sup>a</sup>) y 2005, los cuales reconocen la existencia y exigibilidad del vínculo contractual con anterioridad a la entrega de la obra encargada.

La calificación de un contrato de construcción bajo el artículo 1996, como una compraventa, conlleva un segundo problema de interpretación. Parte de la doctrina<sup>11</sup> ha señalado que las normas contenidas en los artículos 1997 a 2004 (y, en consecuencia, el artículo 2003) no serían aplicables a los contratos de construcción calificados como compraventas, ya que el inciso final del artículo 1996 se referiría sólo a los arrendamientos de obra, utilizando como argumento la aplicación del principio de interpretación de *contrario sensu*. Dicho argumento fue utilizado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso para fundar una sentencia de comienzos del siglo XX<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Una opinión similar sostiene Díez PICAZO (2007), p. 375.

<sup>9</sup> MANRÍQUEZ (1960), pp. 11-12. Por su parte, PRAT (1940), pp. 14-15, indica que mezcla propiedades de compraventa de cosa futura y compraventa al ensayo.

<sup>10</sup> ALESSANDRI (2003), tomo I, vol. 2, p. 518.

<sup>11</sup> En este sentido, MANRÍQUEZ (1960), p. 32 y WACHHOLTZ (1999), p. 40.

<sup>12</sup> Balladares con Municipalidad de Valparaíso (1916). Sin embargo, este fallo contiene un voto disidente, que señala que el artículo 1999 es aplicable a todos los casos en que se trate de una obra material.

A mi juicio, los problemas antes mencionados se pueden solucionar utilizando los principios generales de interpretación del *Código Civil*, de manera tal de darle a las normas del párrafo 8° un sentido y alcance que elimine las contradicciones planteadas, alineándose con las actuales prácticas de la industria.

Así, en los contratos calificados como de arrendamiento, se deben aplicar las reglas de los artículos 1997 a 2005 y supletoriamente las reglas generales comunes a todo contrato contenidas en el libro IV del *Código Civil*, puesto que estas reglas son las únicas que aplican de forma transversal a los tres tipos de actos jurídicos cubiertos bajo el título XXVI del libro IV del *Código Civil*. La expresión “las reglas generales del arrendamiento” del inciso final del artículo 1996 no debe entenderse como una remisión a las reglas generales (cuestión que ya hace el propio artículo 13), sino que como una exclusión a la supletoriedad de los artículos del arrendamiento de cosas y servicios inmateriales, puesto que todas regulan negocios distintos<sup>13</sup>, en la medida de que ninguno es más especial que los otros.

En caso en que el contrato se reputa como una compraventa, para comprender su naturaleza jurídica debe explicarse, en primer lugar, cuál es el momento del perfeccionamiento del mismo, y en segundo lugar, cuáles son las normas legales supletorias.

En relación con la época del perfeccionamiento, tanto la disociación entre realidad y norma como las contradicciones del inciso primero del artículo 1996 con los demás artículos del párrafo 8° del título XXVI pueden solucionarse analizando el contexto de la ley para determinar una relación armónica entre las normas en aparente conflicto, tomando como base lo dispuesto en el inciso primero del artículo 22. Ello se logra analizando las obligaciones principales que los artículos 1996 a 2005 imponen al constructor, para determinar el momento en que dichas obligaciones nacen bajo el contrato. De su lectura se concluye que el constructor contrae dos obligaciones esenciales: la primera, es la de ejecutar la obra<sup>14</sup>, la cual la deberá realizar de conformidad a los documentos contractuales establecidos por las partes y a los estándares técnicos propios de su industria; esta obligación debe cumplirse antes de la entrega de la obra, mientras que de las redacciones de los artículos que la consagran se desprende inequívocamente que ésta nace del contrato. La segunda, esencial del constructor, que se desprende de los artículos en comento, es la de entregar la obra conforme a los términos establecidos por las partes, una

167

<sup>13</sup> Al no ser ninguno un negocio más especial que el otro, no se da el presupuesto establecido en el artículo 13 para aplicar el principio de especialidad.

<sup>14</sup> Artículos 1999, 2002, 2003 regla 1ª, 2ª, y 4ª y 2004.



vez terminada y aceptada por el mandante<sup>15</sup>. Dicha obligación también forma parte de la convención. Debido a que el *Código Civil* consagra ambas obligaciones, interpretar el inciso primero de artículo 1996 en el sentido de que el pacto existe desde el minuto en que se aprueba la obra (sobre todo cuando la obligación de ejecutarla ya se cumplió), no se condice con los efectos normales de un contrato. En consecuencia la expresión “pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra” se refiere a la obligación de entregar la obra una vez terminada, puesto que desde el momento de la aceptación nacen para el constructor obligaciones sustancialmente similares a las de la compraventa (entregar la cosa y responder de los vicios de la misma). Esta interpretación permite que las dos obligaciones esenciales del constructor queden comprendidas dentro del período de vigencia de la convención, mientras que resuelve el conflicto entre el inciso primero del artículo 1996 con los demás artículos ya mencionados. Ello lleva a concluir que el contrato de construcción es naturalmente consensual, puro y simple, que nace en el momento en que las partes acuerdan el alcance de la obra y el precio a pagarse por la misma<sup>16</sup>, lo que es consistente con la práctica nacional e internacional en materia de contratación en la industria de la construcción.

Tratándose de la supuesta inaplicabilidad del artículo 2003 a aquellos contratos de obra asimilados por el artículo 1996 a una compraventa, estimo que las disposiciones contenidas en los artículos 1997 a 2004 son plenamente aplicables a todos los contratos de construcción, con independencia de la parte que suministre los materiales. Lo anterior se concluye por aplicación del principio de especialidad contenido en el artículo 13, dado que ellas regulan este tipo construcción de manera más específica que las reglas de la compraventa<sup>17</sup>. En conclusión, dichas disposiciones reemplazan a las normas de la compraventa en aquellos temas en que ambas regulaciones se superponen, como lo son la determinación del precio y los períodos de garantía, siempre que el objeto del pacto lo permita.

Por último, creo que el inciso final del artículo 1996 no excluye la aplicación de los artículos 1996 a 2005 a los contratos en los cuales el constructor aporta los materiales. Esta norma tiene por objetivo excluir las reglas del arrendamiento de cosas y las de los arrendamientos de servicios inmateriales a aquellas convenciones en los cuales el constructor

<sup>15</sup> Artículos 1999, 2001 y 2003 regla 4ª.

<sup>16</sup> En este sentido se pronunció la Corte Suprema en *Jensen con Impuestos Internos* (1965).

<sup>17</sup> A diferencia de lo que ocurre con las reglas del arrendamiento de cosas, las normas de la compraventa sí son supletorias a las normas del contrato de construcción cuando el constructor aporta los materiales, ya que los efectos legales y económicos son similares, especialmente en lo relativo al pago del precio y la entrega de la obra.

no proporciona la materia prima, según ya se indicó. Por otro lado, la regla 1ª del artículo 2003 y el artículo 2005 se ponen en el caso de que el constructor proporciona materiales, mientras que el inciso final del artículo 2002 puede aplicarse tanto al constructor como al mandante, lo que demuestra la artificiosidad de la exclusión.

### Segundo requisito

El objeto del contrato debe ser la construcción de un edificio

El sentido natural y obvio del término ‘construcción’<sup>18</sup> es amplio, abarcando no sólo el montaje de las obras sino todos los demás actos materiales requeridos para crearla. La convención puede contener varios objetos adicionales o complementarios, como ocurre en los denominados contratos “EPC”, en que el constructor se obliga, además de la construcción a suministrar materiales y desarrollar todo o parte del diseño e ingeniería de las obras. Sin embargo, la extensión del término se encuentra limitada por su materialidad. Quedan excluidos de la aplicación de la Regla 2ª aquellos contratos en los que la contraparte del mandante no ejecuta la construcción misma, sino que guía, coordina y administra a cada una de las personas que sí lo hacen, por predominar en aquél las capacidades intelectuales de administración y manejo de recursos por sobre la ejecución material, establecido así en el artículo 2004. Es el caso de los denominados contratos por administración delegada<sup>19</sup> o, en aquéllos en que se ejecuta o administra junto con el suministro y desarrollo de la arquitectura e ingeniería, como contratos “EPCM”<sup>20</sup>.

El alcance de la palabra ‘edificio’ genera mayor debate. Tradicionalmente, la doctrina<sup>21</sup> ha utilizado un concepto extenso del mismo, comprendiendo cualquier estructura creada por el hombre sobre el suelo. La amplitud de dicho concepto doctrinario se contrapone al sentido natural y obvio del término<sup>22</sup>, el cual sólo abarca aquellas obras con recintos.

<sup>18</sup> De conformidad con el *Diccionario de la lengua española*, construir es: “la acción y efecto de fabricar, edificar, hacer de una nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública”

<sup>19</sup> Desde una perspectiva tributaria, el decreto Hacienda N° 55 de 1997 dispone que el contrato por administración delegada es aquel en que el contratista aporta solamente su trabajo personal o cuando deba ser calificado de arrendamiento de servicios, por suministrar el que encarga la obra la materia principal.

<sup>20</sup> HENCHIE (2008), p. 1.

<sup>21</sup> En este sentido, ALESSANDRI (2005), p. 305; CLARO (1930), tomo VI, p. 53 y más recientemente CORRAL (2009), p. 838.

<sup>22</sup> Según el *Diccionario de la lengua española*, ‘edificio’ significa una “obra o fábrica construida para la habitación o para usos análogos; como casa, templo o teatro”. Diversos fallos de la Corte Suprema han indicado que el “sentido natural y obvio” de las palabras son las de diccionario mencionado.

Ello es consistente con la definición que le da la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones<sup>23</sup>. Adoptar esta postura excluye de la aplicación de la norma a aquellos contratos para la construcción de obras que por su naturaleza no son aptas para la habitación, como un estanque de ácido sulfúrico o una línea de transmisión de energía eléctrica. Si bien esta interpretación del concepto parece la más apegada al principio contenido en el artículo 20, no existiría una justificación de peso para sostener dicha exclusión, puesto que el artículo 2003 sólo establece efectos económicos de carácter privado entre el constructor y mandante, los cuales existen en todos los contratos de construcción, con independencia de si la obra está destinada o no a albergar personas<sup>24</sup>.

Debido a esto, el constructor de una obra que no contenga recintos y que busca protegerse de la existencia de circunstancias imprevisibles querrá incorporar una cláusula por la cual extienda los efectos de la Regla 2ª a su convención, y, así, evitar discusiones sobre su aplicación. En caso que esta cláusula no existiere, el contratista podrá intentar argüir que igualmente proceden los efectos de la norma en estudio, por aplicación del principio de la interpretación analógica contenido en el inciso segundo del artículo 22<sup>25</sup>.

Tercer requisito.

170

El constructor se encarga de ejecutar la totalidad de la obra

Se ha indicado que la expresión “toda la obra” del artículo 2003 sólo se extiende a los contratistas generales, no aplicándose a constructores que realizan obras parciales dentro de una obra general<sup>26</sup>. El problema de esta postura radica en que muchas obras se componen de distintas partes que, no obstante formar parte de un solo proyecto, también pueden ser considerados como una obra independiente, haciendo que el concepto de “generalidad de la construcción” (y, por lo tanto, la aplicación de la Regla 2ª) quede sujeto a la discreción del mandante, pudiendo éste efectuar divisiones intelectuales y artificiosas con el fin de impedir su aplicación.

A mi juicio, este requisito no se refiere a la extensión de la obra como el proyecto general del mandante (ya que su determinación le corresponde e interesa sólo a este último) sino al vínculo jurídico que lo une al constructor. De esta manera, por la expresión “toda la obra” se debe

<sup>23</sup> El decreto MINVU N° 47 de 1992 define edificio en su artículo 1.1.2. como “toda edificación compuesta por uno o más recintos, cualquiera sea su uso”.

<sup>24</sup> Por otro lado, una de las finalidades de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su ordenanza es velar por que las obras destinadas para albergar personas hayan sido edificadas de conformidad a los estándares que permitan utilizarlos de manera segura.

<sup>25</sup> En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en el antiguo fallo de Mayers y Hillman con Fisco (1885).

<sup>26</sup> PRAT (1940), p. 77, citado también por WACHHOLTZ (1999), p. 95.

entender su alcance, definido en la convención, siendo éste el objeto del acto jurídico. Sin embargo, la Regla 2ª no se extiende a los contratos bajo modalidades de administración delegada por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2004, según ya se mencionó.

La obligación de ejecutar toda la obra no impide la subcontratación, según se desprende de la regla 5ª del artículo 2003.

Por último, este requisito excluye de la aplicación de la norma los (hipotéticos) casos en que se les encargue a dos o más constructores un mismo alcance, puesto que dada su naturaleza, la prestación consistente en ejecutar la obra es un caso de indivisibilidad relativa<sup>27</sup>, mientras que la de entregarla sería una indivisibilidad de pago<sup>28</sup>.

Cuarto requisito.

El precio debe ser un monto único prefijado.

Concepto de suma alzada

El término “suma alzada” no se usa de manera expresa en el *Código Civil*<sup>29</sup>, habiendo meras referencias conceptuales a ella en el inciso segundo del artículo 1999 y en el encabezado del artículo 2003. La doctrina nacional<sup>30</sup> está conteste en que el concepto de suma alzada corresponde a una modalidad del precio en virtud del cual el mandante paga al constructor un monto único y prefijado por la totalidad de las obras ejecutadas bajo el contrato. Sin embargo, algunos autores y fallos jurisprudenciales incorporan otros elementos, tales como la obligación del constructor de suministrar los materiales de la obra<sup>31</sup>, o la obligación de que la obra entregada cumpla con determinados estándares de diseño y rendimiento<sup>32</sup>.

El hecho de que el precio de un contrato de construcción sea a suma alzada no tiene ninguna implicancia en la extensión del alcance de las obligaciones del constructor (tales como la de proveer los materiales<sup>33</sup> o

<sup>27</sup> PEÑAILILLO (2003), p. 322. En efecto, el propio artículo 1524 da como un ejemplo la ejecución de una obra material (construir una casa).

<sup>28</sup> Bajo el artículo 1526 N° 2. Sin embargo, se ha dicho que en este caso no habría indivisibilidad de pago sino verdadera indivisibilidad. ABELIUK (2003), p. 333.

<sup>29</sup> El decreto MOP N° 75 de 1994 define suma alzada a propósito de la oferta como: “La oferta a precio fijo, en la que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en los documentos de licitación cuya cubicación se establezca a serie de precios unitarios, y cuyo valor total corresponde a la suma de las partidas fijas y a la de precios unitarios, si los hubiere”.

<sup>30</sup> ALBORNOZ (2005), p. 41.

<sup>31</sup> En este sentido, CONTRERAS Y PRADO (1996), p. 7 y PUELMA (1996), p. 5.

<sup>32</sup> Bravo con Pinto (1934).

<sup>33</sup> Desde una perspectiva del impuesto a las ventas y servicios, se desprende del decreto Hacienda N° 55 de 1977 que los contratos de construcción a suma alzada son aquellos en que el constructor proporciona la materia principal.

la de asegurar la calidad del diseño o el rendimiento de la obra una vez terminada<sup>34</sup>), sino que sólo establece que el monto de las utilidades de éste en el negocio será el resultado de restarle al precio la totalidad de los costos y gastos en los que ha incurrido para cumplir con sus obligaciones. Jurídicamente, ello se traduce en que el precio del contrato se mirará como la única contraprestación a las obligaciones contractuales del constructor, con independencia de los costos incurridos para cumplirlas.

La razón detrás de por qué la Regla 2ª exige que el precio del contrato de construcción sea bajo suma alzada radica en que ésta es la única modalidad de precio en que el riesgo de la cantidad y costos de los materiales, equipos y horas hombre necesarios para construir el alcance de la obra son de cargo del constructor. Tratándose de convenciones en que el precio se pactó bajo la modalidad de precios unitarios, el constructor carga con el riesgo de las variaciones en los costos para cada uno de los ítems, mientras que el mandante carga con el riesgo de la cantidad de materiales y mano de obra a ser usada, con lo cual el incremento de los costos por circunstancias desconocidas siempre es de responsabilidad del mandante<sup>35</sup>. Por su parte, en los contratos de ejecución de obras cuyo precio se pactó bajo la modalidad de costos reembolsables tanto la cantidad de los materiales y mano de obra como la variación de sus costos son de cargo del mandante<sup>36</sup> por lo que en dichos casos la Regla 2ª no sería necesaria.

La Regla 2ª también es aplicable a los pactos en los que se fijan varias modalidades de precio para distintas partes de la obra encargada, siempre y cuando se acredite que los mayores costos en los que deberá incurrir tengan una relación con el alcance de las obras cuyo precio esté sujeto a la modalidad de suma alzada.

### Quinto requisito.

#### Existencia de circunstancias desconocidas

El primer requisito, propio de la Regla 2ª, presupone la existencia de circunstancias desconocidas. Debido a la naturaleza y complejidad científica y técnica que significa ejecutar una obra, las circunstancias imprevistas habitualmente suelen escapar al Derecho, siendo más propios de la ingeniería o la construcción civil (el estudio de las distintas condiciones del suelo en las obras de construcción es estudiada por la mecánica de

<sup>34</sup> La obligación del constructor de asumir la responsabilidad del diseño de las obras, así como del rendimiento de la misma se denomina “llave en mano” o “turnkey”, y, si bien normalmente se asocia con los contratos bajo modalidad de suma alzada, también puede establecerse en aquellos bajo modalidades de precios unitarios o costos reembolsables.

<sup>35</sup> HUSE (2002), p. 10.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 11.

suelos y la geotecnia). Sin embargo, el carácter de desconocido de dichas circunstancias, cualesquiera que sean, si es jurídicamente relevante.

El desconocimiento implica la ignorancia de un hecho por parte de una o más personas. Bajo la Regla 2ª, este desconocimiento debe recaer a lo menos en el constructor, puesto que de lo contrario estaríamos en frente a un caso de aprovechamiento del propio dolo o ante una infracción al principio del respeto de los actos propios, lo que impediría al tribunal conceder el aumento de precio con cargo a esta norma.

Por otro lado, el desconocimiento del constructor debe existir al momento de la presentación de su oferta al mandante, puesto que con anterioridad a dicho momento éste ha ponderado los costos, gastos, riesgos y utilidades esperadas que conlleva la ejecución de las obras, determinando su precio sobre la base de tal análisis.

Sexto requisito.

La generación de costos que no pudieron preverse

La Regla 2ª exige que las circunstancias desconocidas generen costos que no pudieron preverse. Si el constructor no ha efectuado erogaciones para superar dichas circunstancias desconocidas, no podrá solicitar un aumento de precio. Por su parte, si las circunstancias desconocidas implican que el constructor no pueda dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, se estará frente a un caso de fuerza mayor, con lo que no se haría aplicable la Regla 2ª<sup>37</sup> sino el inciso segundo del artículo 1547.

Entre las circunstancias desconocidas y los mayores costos debe existir un nexo de causalidad<sup>38</sup>.

El objetivo del análisis de la imprevisibilidad no queda del todo claro bajo la redacción de la Regla 2ª, pudiendo recaer sobre las circunstancias desconocidas o sobre los mayores costos<sup>39</sup>. La respuesta dependerá de cuál se estime que sea el alcance de la imprevisibilidad bajo el *Código Civil*.

En el Derecho Civil chileno, el concepto de imprevisibilidad ha sido tradicionalmente estudiado como un factor para determinar la extensión de los daños en la responsabilidad contractual y también como un requisito para la aplicación del caso fortuito. En este último ámbito destaca la obra de María Graciela Brantt Zumarán acerca del caso fortuito<sup>40</sup>, quien critica el enfoque tradicional con que la doctrina aborda la imprevisibi-

<sup>37</sup> En consecuencia, la Regla 2ª opera en aquellos casos en que las circunstancias imprevistas hacen más onerosas las obligaciones del constructor, pero no impiden su cumplimiento.

<sup>38</sup> ALBORNOZ (2005), p. 47.

<sup>39</sup> Ello, debido a que, si bien la norma califica como imprevistos a los mayores costos, estos nacen como una consecuencia de las circunstancias desconocidas.

<sup>40</sup> BRANTT (2010), p. 123.

lidad, señalando que al identificar la previsión con las medidas que se deben adoptar para evitar el hecho y no con el análisis de los riesgos, ésta se termina confundiendo con la inevitabilidad<sup>41</sup>. Por otra parte, critica el carácter de absoluta<sup>42</sup> que se le ha dado, indicando que es inadecuada para analizar el caso fortuito, porque ello implica que un hecho es imprevisible cuando ha sido completamente imposible para cualquier persona anticipar la realización del hecho que afecta el cumplimiento. Para la autora, la imprevisibilidad abarca aquellos hechos que no se anticiparon por el deudor, habiendo este último ejercido la diligencia debida que su actividad le exige, de acuerdo con el contrato, para poder anticiparse<sup>43</sup>. Por lo tanto, para esta postura lo que se somete a un análisis de imprevisibilidad no es la facultad del constructor de anticiparse a los costos en que debe incurrir para soslayar lo que se desconocía, sino a las circunstancias mismas que generan los costos. Si se aplica la postura de María Graciela Brantt al concepto de imprevisibilidad de la Regla 2ª al constructor no le sería exigible la adopción de todas las medidas preventivas posibles para detectar y anticiparse a todas y cada una de las características desconocidas, sino únicamente aquéllas exigibles bajo el contrato y del grado de diligencia que se desprende del mismo. Esta asociación entre previsibilidad y debida diligencia también ha sido recogida por autores de países del *Common Law*, indicando que al momento de evaluar si las circunstancias desconocidas han sido previsibles o no, se utilizará como estándar de diligencia el que razonablemente debería emplear un constructor experimentado así como las circunstancias propias del caso y los actuales conocimientos del constructor sobre la materia<sup>44</sup>.

Por otro lado, si se aplica la postura tradicional de la imprevisibilidad<sup>45</sup> a la Regla 2ª, la cual asocia este concepto a la ocurrencia del hecho no obstante las medidas tendientes a evitarla. El objeto de la imprevisibilidad bajo dicha norma sería la ocurrencia de los mayores costos.

A mi juicio, aplicar la concepción tradicional de la imprevisibilidad a la Regla 2ª conlleva dos problemas, los cuales concentran el foco de las críticas de María Graciela Brantt Zumarán:

- El primero, consiste en que al asociar la imprevisibilidad con los hechos tendientes a evitar la ocurrencia de los mayores costos, ésta se desnaturaliza, transformándose en la inevitabilidad. Concepto que no se encuentra recogido en el texto de la Regla 2ª.

---

<sup>41</sup> BRANTT (2010), p. 124.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 125.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 220.

<sup>44</sup> Véase a HUSE (2002), p. 180; FURST *et al.* (2012), p. 1106.

<sup>45</sup> Los postulados de la teoría tradicional son desarrollados por BRANTT (2010), p. 123.



- El segundo, tiene relación con el carácter absoluto que le atribuye<sup>46</sup> la postura tradicional a la imprevisibilidad, puesto que en la industria de la construcción todo hecho es previsible, si se tienen los recursos técnicos y económicos para ello.

Sin embargo, el constructor diligente no es el que efectúa todas las medidas para anticiparse a los hechos, sino el que sobre la base de su experiencia y conocimientos técnicos pondera las probabilidades de ocurrencia de contingencias futuras, de manera de mitigar los riesgos propios de su industria mientras ofrece sus servicios a precios competitivos.

## SECCIÓN II FUNDAMENTO JURÍDICO

La Regla 2ª normalmente es identificada por la doctrina chilena con la teoría de la imprevisión o el enriquecimiento sin causa. En efecto, la mayoría de la doctrina postula que dicha norma constituiría un caso de aplicación de alguna de estas teorías.

En esta sección se analiza la supuesta relación entre la Regla 2ª y estas instituciones, para finalizar con lo que estimo como su verdadero sustento.

### *La Regla 2ª y la teoría de la imprevisión*

De conformidad a la teoría de la imprevisión, el juez puede revisar determinados contratos que contengan obligaciones pendientes cuando éstas se hacen excesivamente onerosas para una de las partes, debido a la ocurrencia de un imprevisto extraordinario<sup>47</sup>. La doctrina no es uniforme al establecer los requisitos que permitirían una revisión judicial del pacto bajo la teoría de la imprevisión, pero la mayoría<sup>48</sup> está de acuerdo en que ésta es admisible bajo las circunstancias antes señaladas.

Debido a las similitudes en los requisitos y efectos que postula la teoría con lo que dispone la norma en estudio, la imprevisión es la teoría más comúnmente asociada a la Regla 2ª<sup>49</sup>.

En un juicio iniciado en 1998<sup>50</sup> una constructora demandó al SERVIU para pedir un aumento de precio en un contrato de construcción a suma alzada por costos generados, en parte, por condiciones imprevistas del

<sup>46</sup> ALESSANDRI *et al.* (2004), tomo II, p. 280.

<sup>47</sup> En este sentido, ABELIUK (2009), p. 845; DÖRR (1985), p. 253; LÓPEZ (2005), p. 306.

<sup>48</sup> Véase a CAPRILE (2007), p. 152; MOMBERG (2008), p. 648 y PEÑAILILLO (2000), p. 221.

<sup>49</sup> Siguiendo esta postura ABELIUK (2009), p. 847; RAMIREZ (2011), p. 42; MOMBERG (2008), p. 653 y PEÑAILILLO (2000), p. 232.

<sup>50</sup> Concreta con SERVIU (2001).



suelo que obligaron a cambiar el método constructivo de la obra. El fallo de segunda instancia es reconocido como la primera sentencia de un tribunal ordinario que reconoce la teoría de la imprevisión<sup>51</sup>, el cual ha recibido comentarios favorables,<sup>52</sup> pero también críticas<sup>53</sup> en relación con la forma como fue aplicada esta institución<sup>54</sup>.

Existe una diferencia fundamental en la forma en que la imprevisión y la Regla 2ª se aproximan a los mayores costos producidos: la imprevisión requiere que los eventos que no se previeron hayan causado un notable desequilibrio entre las prestaciones de las partes, generando una onerosidad excesiva para el deudor. Por su parte, la Regla 2ª no contiene ningún elemento calificador con respecto al grado de magnitud que deben tener los costos imprevistos en relación con el costo inicial o a la conmutatividad del contrato. Incluso, podría darse el caso en que se descubran circunstancias imprevistas que generen mayores costos, pero la convención siga generando utilidades para el constructor, manteniendo su derecho a solicitar un aumento de precio por vía contractual o judicial, lo que parece pugnar con la excesiva onerosidad que altere la equivalencia de las prestaciones del contrato de construcción requerida por la imprevisión.

### *La Regla 2ª y el enriquecimiento sin causa*

176

Se ha indicado que la Regla 2ª sería un caso de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa<sup>55</sup>. Esta figura se basa en que todo incremento en el patrimonio de una persona tiene que tener una causa que lo justifique, otorgándole a quienes se han visto privados de una atribución patrimonial el derecho para recuperarla de quien se ha apropiado de ella se manera injustificada<sup>56</sup>. Los autores discrepan sobre los requisitos necesarios para que un hecho configure un caso de enriquecimiento sin causa,<sup>57</sup> siendo

<sup>51</sup> Larraín Vial con SERVIU (2006) (apelación de Concreta con SERVIU).

<sup>52</sup> ALCALDE (2007), p. 361.

<sup>53</sup> MOMBERG (2008), p. 654.

<sup>54</sup> En realidad, el fundamento del fallo de primera instancia se centra en los elementos de la teoría de la imprevisión, haciendo apenas una breve referencia sobre la aplicabilidad de la Regla 2ª. Por su parte, el fallo de la Corte de Apelaciones ni siquiera la menciona. Parece criticable que el tribunal de segunda instancia optó por fundamentar el fallo en una teoría cuya acogida es ampliamente cuestionada, por sobre una disposición legal que regula de manera específica los efectos de los hechos que fundaron la demanda y la sentencia.

<sup>55</sup> ALBORNOZ (2005), p. 58, citando varios dictámenes de la Contraloría General de la República.

<sup>56</sup> PEÑAILILLO (2003), p. 102.

<sup>57</sup> En este sentido, ABELIUK (2009), p. 195; BARROS (2007), p. 929; PEÑAILILLO (2003), pp. 104-118.

los más comúnmente mencionados el enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de otro y la ausencia de causa.

El problema de aplicar Regla 2ª como un caso de enriquecimiento sin causa radica en que la norma del *Código* supone la existencia de un contrato, causa eficiente de las relaciones obligacionales de las partes. Ello se ha interpretado<sup>58</sup> como una causa legítima, aun cuando los resultados sean injustos, con lo que no se cumplirían todos los requisitos<sup>59</sup>.

### *La Regla 2ª y la debida diligencia*

A mi juicio, el verdadero fundamento de la Regla 2ª se encuentra en el grado de diligencia que el constructor debe emplear al anticiparse a las características imprevistas. Nuevamente se tomarán los vicios ocultos del suelo para ejemplificar esta postura.

Para comprender cómo se relaciona la debida diligencia con la Regla 2ª, a propósito del suelo, se debe tener claridad sobre el papel que cumple en una obra de construcción y de cómo afecta la forma en que las partes del contrato se relacionan. Cuando se construye una obra, una o más personas proporcionan los materiales que serán alterados y elaborados por el trabajo del hombre para crear un bien nuevo. La parte que adquiere dichos materiales puede descansar en que ellos cumplen con las especificaciones técnicas y los niveles de calidad indicados por su fabricante, pudiendo, incluso, hacerlo responsable si las características y la calidad son distintas a las señaladas. Sin embargo con el suelo ocurre algo distinto, si bien es el elemento<sup>60</sup> sobre el cual se apoya lo construido, el suelo y la roca no se formaron bajo un proceso productivo sujeto a controles de calidad, ni se le puede exigir a su “fabricante” que cumpla con determinadas características y especificaciones<sup>61</sup>. Ello hace que el mandante y el constructor deban hacer frente a las incertidumbres del suelo de manera distinta, cada uno desde sus respectivas posiciones jurídicas y comerciales.

El mandante, siendo la parte que proporciona el sitio de las obras, siempre acarreará consigo los riesgos inherentes a las características del

<sup>58</sup> Véase a ABELIUK (2009), p. 196 y PEÑAILILLO (2003), p. 110.

<sup>59</sup> Esta misma línea siguió el tribunal de primera instancia de Concreta con SERVIU al rechazar la acción *Rem In Verso* interpuesta por el demandante en subsidio de la acción principal.

<sup>60</sup> En la antigüedad se discutió si el suelo podía considerarse como un “material” para efectos del artículo 1996. A mi juicio, la discusión la zanja el propio *Código*, no considerando el suelo como un material. El fundamento de esto estaría en las reglas de accesión de muebles a inmuebles (artículos 668 y 669) distinguiendo claramente entre los materiales y el suelo como elementos distintos, a propósito de una edificación.

<sup>61</sup> SOWERS y SOWERS (1972), p. 324.

suelo, puesto que ellas existen o se producirán con independencia de la persona que construya sobre él.

Por otro lado, el constructor, siendo la parte que realizará los trabajos necesarios para construir sobre el sitio de las obras, deberá investigar y analizar las características del suelo y del subsuelo, de manera tal de poder determinar el método constructivo, los recursos materiales, humanos y los demás elementos que necesitará para ejecutar la obra conforme a las especificaciones requeridas e, incluso, en algunos casos el plazo y el precio que ofrecerá al mandante<sup>62</sup>. Por su propia naturaleza, dichos estudios e investigaciones necesariamente implican el despliegue de una actividad, cuyo nivel de diligencia y acuciosidad viene dado por las características de la obra, la información disponible del sitio y el tipo de contrato que se ha celebrado o se celebrará, con lo que el riesgo de los efectos de las características del suelo se trasladan hacia el constructor, en la proporción a la diligencia que a éste se le exige para anticiparse a sus características<sup>63</sup>.

De esta manera, cuando la Regla 2ª se refiere a aquellos vicios ocultos que “no pudieron preverse”, se refiere a aquéllos que en los hechos el constructor no previó mediante el despliegue de su actividad, mientras que la expresión “si ha debido o no preverse el recargo de la obra” se refiere al deber de conducta que debió adoptar el constructor bajo el estándar de diligencia exigido por el contrato y las circunstancias propias del caso. Por lo tanto, el juez debe contrastar la conducta desplegada con la que debió haber desplegado un constructor diligente para determinar si procede o no el aumento de precio.

Esta postura difiere de la opinión mayoritaria que señala que la única obligación esencial del constructor bajo el contrato de construcción es la de entregar la obra, la cual se ha considerado como una obligación de resultado<sup>64</sup>. En esta línea, Enrique Barros Bourie publicó un interesante artículo proponiendo que aquellos contratos de servicio que no tengan una regulación legal expresa y que su prestación consiste en la satisfacción de un interés del acreedor y no en el ejercicio de una actividad, se deben entender normados análogamente por las reglas del contrato de ejecución

---

<sup>62</sup> Esto es especialmente cierto en las licitaciones, en las cuales el constructor deberá ponderar las posibles características del suelo y subsuelo para determinar el monto de su oferta. En dichos casos es habitual que no exista un vínculo contractual, por lo que el constructor ejecuta los estudios conforme al grado de diligencia que le exijan las bases de licitación, y en su defecto por las reglas legales generales contenidas en el artículo 1547.

<sup>63</sup> Salvo pacto en contrario, y considerando que la mayoría de los contratos de construcción son onerosos y conmutativos, el grado de diligencia que se le exigirá al constructor es la diligencia leve u ordinaria (opuesta a la culpa ordinaria o leve), de conformidad al artículo 1547.

<sup>64</sup> En este sentido, ALBORNOZ (2005), p. 40 y CONTRERAS Y PRADO (1996), p. 7.

de obra material<sup>65</sup>, argumentando que en este tipo de convenciones la obligación es, en estricto rigor, de hacer, pero fundamentalmente de dar<sup>66</sup>, siendo, por tanto, una obligación de resultado. Agrega que en este tipo de pactos el ilícito contractual se produce por no haberse satisfecho el interés del acreedor, no bastando el deudor para liberarse de responsabilidad el ejercicio de una actividad diligente, sino la existencia de un factor que se encuentre fuera de su control<sup>67</sup>.

Si bien concuerdo con que la obligación de entregar la obra es una obligación de resultado, cuyo incumplimiento genera un ilícito contractual consistente en no haber satisfecho el interés del deudor, ésta no es la única obligación que nace bajo el contrato de construcción. Tal como adelanté al analizar su naturaleza jurídica, de éste nacen dos obligaciones esenciales para el constructor: la primera obligación es la de ejecutar la obra, debiendo aplicar en las actividades necesarias para la construcción las técnicas del arte exigidas conforme al grado de diligencia contractual, siendo, por lo tanto, una obligación de medios<sup>68</sup>. La segunda consiste en la entrega de la cosa en los términos convenidos bajo el contrato, la cual sí constituye una obligación de resultado.

En consecuencia, las actividades que debe efectuar el constructor para prever la existencia de las características del suelo forman parte de la obligación de éste de ejecutar las obras, ya que con dicha información determinará diversos aspectos directamente relacionados con la construcción misma.

Ambas obligaciones son esenciales. Sin una de ellas el contrato degeneraría en uno diferente o, bien, no produciría efectos<sup>69</sup>. Eliminar la obligación de confeccionar la obra transforma la convención en una mera compraventa, un mandato, un contrato de prestación de servicios inmateriales u otro tipo de pacto, dependiendo del alcance de las obligaciones restantes que el constructor debe cumplir<sup>70</sup>. Por otro lado, eliminar la obligación de entregar la obra altera completamente la funcionalidad económica del contrato al punto en que éste no produce efecto alguno<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> BARROS (2012), p. 331.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 325.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 338.

<sup>68</sup> Según se indica en la regla cuarta del propio artículo 2003 se hace referencia a la obligación del constructor de ejecutar la obra conforme a las “reglas del arte”. De ello se desprende que la obligación del constructor sería una obligación de medios.

<sup>69</sup> Artículo 1444.

<sup>70</sup> Si se elimina la ejecución de la obra, no se está creando un objeto nuevo sobre la base de la transformación de materiales mediante la aplicación del trabajo del hombre.

<sup>71</sup> Lo que no obsta a que en determinadas convenciones la entrega pueda ser posterior como se da en el caso de los contratos Build Operate & Transfer (*v.gr.* en los contratos de concesión de obra pública) o en los contratos Build Own Operate & Maintain, en los

Asimismo, ambas obligaciones son independientes. Si bien se ha indicado que toda obligación de resultado requiere del despliegue de una actividad que tiene como finalidad producir la prestación debida<sup>72</sup> e, incluso, en el caso en estudio es necesario dar cumplimiento a la obligación de ejecutar la obra para poder entregarla una vez terminada, aquí la independencia viene dada por los distintos efectos que cada obligación produce, tanto en el cumplimiento como en el incumplimiento. Si se considera que la obligación del constructor es únicamente entregar la obra ejecutada, el mandante no podría hacer uso de los remedios contractuales ante una ejecución negligente de las obras con anterioridad a la fecha prevista para su entrega. Ello implica que normalmente los costos de reparar la ejecución indebida serán mayores (en particular si la obra debe ejecutarse de nuevo, de conformidad al artículo 2002), lo que parece poco razonable y perjudicial para el mandante, sobre todo cuando se evidencia una conducta culpable del constructor durante la fase de construcción. En cambio, si se considera que el constructor ha asumido dos obligaciones, el mandante podrá alegar que los trabajos se están ejecutando de manera negligente con anterioridad a la llegada del plazo para la entrega de la obra, pudiendo el constructor defenderse señalando que se ha apegado a las disposiciones contractuales y a las buenas prácticas de la industria. Una vez vencido el plazo para la entrega de la obra, el mandante podrá alegar que ésta no se ejecutó de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2002, y si la obra presenta ruina o defecto, podrá dirigirse conforme a lo dispuesto en la regla 3ª del artículo 2003 o el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, según corresponda.

El carácter excepcional de la Regla 2ª frente al artículo 1545 viene dado por la existencia de ambas obligaciones bajo el contrato de construcción y el carácter de medios de la primera y de resultado de la segunda. Si se asume que de la convención nace únicamente la obligación de entregar la obra (como obligación de resultado), ante el descubrimiento de circunstancias imprevistas el constructor siempre se vería obligado a asumir los mayores costos que significan dichos trabajos adicionales, de manera de no incumplir la obligación de entregar la obra en tiempo oportuno, puesto que en las obligaciones de resultado el grado de la diligencia empleada para llevarla a cabo no es considerada al momento de analizar el grado de cumplimiento de la prestación debida<sup>73</sup>.

---

cuales el operador se obliga a construir la infraestructura con la cual se proveerán ciertos bienes o servicios.

<sup>72</sup> PEÑAILILLO (2003), p. 225.

<sup>73</sup> BRANTT (2010), p. 208.

Por otro lado, si se reconoce la existencia de ambas obligaciones, el constructor debe cumplir con la obligación de ejecutar la obra de acuerdo con el grado de diligencia asumido, pero ante la ocurrencia de circunstancias imprevistas que encarecen su materialización no podrá eximirse de responsabilidad alegando ausencia de culpa, ya que los medios que exceden de los correspondientes al grado de la diligencia debida asumida se requieren para poder dar cumplimiento a la segunda obligación, la cual es la entrega de la obra. Por ello la Regla 2ª reconoce que el constructor debe ir más allá de lo que se ha obligado para cumplir con su compromiso, otorgándole el derecho a ser compensado por dichos esfuerzos adicionales por parte del que se beneficia de ellos. Por su parte, si el constructor no previó las circunstancias desconocidas (tales como los vicios del suelo) debiendo haberlo hecho en virtud del grado de diligencia que le exigía el pacto, la ley no le otorga derecho a un aumento del precio. En ambos casos la obligación de entregar la obra dentro de plazo y de conformidad a las especificaciones del contrato (y el derecho correlativo del mandante de recibir la obra en tiempo y forma oportuna) se mantiene inalterada y plenamente exigible<sup>74</sup>. De esta manera la Regla 2ª resguarda el patrimonio del constructor diligente y el patrimonio del mandante ante constructores negligentes.

181

### SECCIÓN III EFECTOS

#### *Derecho del constructor a solicitar una renegociación del precio*

La Regla 2ª establece que al ocurrir circunstancias desconocidas que ocasionen costos imprevistos, el constructor deberá hacerse autorizar para ellos por el dueño.

Si bien la norma indica que el constructor requiere la autorización del mandante para incurrir en los costos, ello no necesariamente significa que el mandante pueda rechazar la ejecución de las obras adicionales necesarias para sobreponerse a los vicios ocultos del suelo, puesto que implicaría otorgar al mandante la facultad unilateral de modificar o poner término al contrato, atentando contra el principio contenido en el artículo 1545<sup>75</sup>. Como contrapartida, el constructor debe cumplir con la obligación

<sup>74</sup> A diferencia del caso fortuito (que suspende la exigibilidad de la obligación) la Regla 2ª no suspende la exigibilidad de las obligaciones del constructor que nacen bajo el contrato.

<sup>75</sup> Distinto es el caso en que sea imposible ejecutar la obra sin efectuar trabajos adicionales que impliquen una modificación sustancial al diseño inicial de las obras, alterando el producto final. En este caso se podría estar frente a un caso de objeto físicamente

de ejecutar la obra, lo que incluye aquéllas adicionales necesarias para sobreponerse a circunstancias imprevistas ocurridas durante su desarrollo, ya que se desprenden de la naturaleza de la obligación principal, en virtud de su integración conforme con el artículo 1546<sup>76</sup>. Dicho principio es aplicable tanto a los contratos a suma alzada que contienen un alcance amplio como a aquellos altamente especificados<sup>77</sup>. Por otro lado, el propio texto de la norma limita la autorización o rechazo a los mayores costos y no a las obras a ser ejecutadas. Todo lo anterior es sin perjuicio del derecho que le confiere al mandante el inciso segundo del artículo 1999<sup>78</sup> de poner término unilateralmente al pacto, pagando los montos que allí se indican.

Es necesario recordar que la norma le permite al mandante rechazar el monto de los costos de las obras, en cuyo caso se podrá hacer procedente la revisión judicial del contrato. De esta manera, y conjugando la imposibilidad del mandante de rechazar las obras, pero sí su precio, se desprende que la Regla 2ª otorga al constructor, en primer lugar, el derecho de solicitar una renegociación del precio.

El alcance del deber de negociar el aumento de precio no está recogido en la Regla 2ª. Dicho término debe ser interpretado y complementado de conformidad al principio de buena fe<sup>79</sup>. De esta manera, la “autorización” a que se refiere la Regla 2ª debe contener una fundamentación clara y suficiente de las circunstancias imprevistas, de las obras a ser desarrolladas y de sus costos, mientras que las solicitudes y propuestas deben efectuarse bajo criterios de seriedad y razonabilidad<sup>80</sup>. Por su parte, el deber de renegociar el precio del contrato implica que el mandante deberá analizar la propuesta con los mismos criterios de razonabilidad y seriedad, debiendo otorgar una respuesta a la oferta del mandante tan pronto como sea posible, siendo adecuadamente fundada bajo los mismos criterios antes mencionados<sup>81</sup>. El deber de negociar no obliga al mandante a aceptar una oferta, por muy razonable que parezca, debido a que bajo la concepción tradicional de incumplimiento<sup>82</sup> dicha negativa

---

imposible de conformidad al artículo 1461º a un caso análogo a la pérdida de la cosa debida aplicado a las obligaciones de hacer, con lo que las partes necesariamente deben ponerse de acuerdo en dichas modificaciones.

<sup>76</sup> LYON (2006), p. 756. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en algunos tipos de contratos el mandante tiene una participación más activa en la forma en que se ejecutan las obras, como cuando el representante del mandante es un ingeniero independiente con facultades de dar ese tipo de instrucciones.

<sup>77</sup> FURST *et al.* (2012), p. 123.

<sup>78</sup> PRAT (1940), p. 114.

<sup>79</sup> MOMBERG (2010), p. 57.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, p. 58.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> FUEYO (2004), p. 256.



no va asociada de una conducta culpable o dolosa del mandante<sup>83</sup>, sino al ejercicio de una facultad.

### *Aumento de precio por vía judicial*

En caso que las partes no se pongan de acuerdo en el monto del aumento del precio o la forma en que tal incremento se pagará, la Regla 2ª le otorga al constructor una acción judicial para poder exigirlo.

### *Determinación del aumento de precio*

La Regla 2ª no indica los elementos que deben incorporarse como parte del incremento del precio del contrato, debiendo estarse a lo que hayan pactado las partes. A falta de una definición contractual, la valuación del aumento del precio debe determinarse considerando que el constructor diligente no puede verse obligado a asumir costos que no debió prever ejerciendo la diligencia debida, pero también teniendo en cuenta que la negativa del mandante no constituye un ilícito contractual.

Para determinar el monto del aumento del precio, el juez deberá analizar el desglose del valor de los nuevos trabajos necesarios, distinguiendo entre costos directos, costos indirectos y utilidades<sup>84</sup>, por ser éstas las partidas que habitualmente se consideran por el constructor para determinar el precio en este tipo de convención.

#### Costos directos

Son los incurridos por el constructor y que deben ser incluidos al momento de fijar el monto del aumento del precio, siempre que estén directamente relacionados con los trabajos realizados para sobrellevar los vicios ocultos del suelo o que tengan un impacto en otros trabajos de la obra. El mandante podrá alegar que los costos incurridos son excesivos, probando que el constructor pudo haber ejecutado los trabajos adicionales de manera más eficiente.

#### Costos indirectos

En relación con ellos, se debe distinguir entre aquéllos incurridos en el sitio de las obras y aquéllos incurridos por la casa matriz del constructor.

---

<sup>83</sup> Ello, debido a que es legítimo que el mandante no esté de acuerdo con que dichas circunstancias deban estar fuera del alcance de las responsabilidades del constructor, o con el monto de los costos en que se pretende incurrir.

<sup>84</sup> La clasificación se ha basado en la efectuada por FURST *et al.* (2012), p. 331, a propósito de los perjuicios a que tiene derecho a recibir el constructor ante un incumplimiento del mandante.



Los mayores costos indirectos del constructor en el sitio de las obras darán lugar a un aumento de precio, siempre que se hayan relacionado con las obras requeridas. Para acreditarlos normalmente se deberá hacer una comparación entre los costos indirectos en que se debiesen incurrir para sobreponerse a los vicios imprevistos del suelo y una estimación de cuales habrían sido los costos indirectos para el período en que se ejecutaron las obras en caso de no haber existido los estos vicios<sup>85</sup>.

Tratándose de los costos indirectos de la casa matriz, éstos pueden adoptar dos formas distintas. La primera se produce cuando el constructor ha debido incurrir en gastos adicionales en sus oficinas centrales (tales como la contratación de más personal o la compra de nuevos equipos) para poder destinarlos a las necesidades administrativas requeridas por la ejecución de los trabajos necesarios para hacer frente a los vicios ocultos de suelo. El segundo caso se producirá cuando el constructor no haya podido adjudicarse nuevas obras o no haya podido postular a nuevos proyectos por no tener la capacidad administrativa suficiente para hacer frente a las necesidades de dichos potenciales negocios debido a que está destinando recursos adicionales a hacer frente a las circunstancias imprevistas. A mi juicio sólo el primer tipo de mayores costos por este concepto pueden formar parte del aumento del precio, puesto que la pérdida de ingresos futuros por no tener personal suficiente escapa a la relación contractual entre el mandante y el constructor, y a la debida diligencia que este último debe ejecutar en relación con la convención. Sin embargo, podría argumentarse que si estas pérdidas de negocios futuros se relacionan de manera directa con una actitud dolosa o gravemente negligente del mandante durante la etapa de la negociación, aquellos montos podrían ser solicitados, no como parte del precio, pero sí como una indemnización de perjuicios bajo los artículos 1458 inciso segundo y 1558.

### Utilidades

Como dije anteriormente, la utilidad del constructor en un contrato de construcción a suma alzada se obtiene de restarle al precio los costos y gastos incurridos por el mandante para ejecutar la obra. Cualquier trabajo adicional que genere sobrecostos disminuirá la utilidad del constructor.

Considerar las utilidades como uno de los elementos del aumento de precio bajo la Regla 2ª no es un tema sencillo. La dificultad radica en que si se opta por su exclusión, la utilidad nominal estimada del constructor no se ve alterada, pero sí se diluye en relación con los nuevos costos y gastos totales, haciendo que éste sea un contrato menos lucrativo en comparación al que inicialmente se celebró. Por otro lado, si se postula que dicho monto

<sup>85</sup> FURST *et al.* (2012), p. 331.

debe incluirse, el constructor está obteniendo un beneficio económico a costa del mandante por obras que no debió prever. La doctrina nacional no se ha pronunciado sobre el tema.

La vaguedad de la norma da cabida a ambas posturas. A favor de la exclusión se podría argumentar que al requerir la existencia de costos imprevistos (tanto directos como indirectos) como el fundamento económico que habilitaría al constructor a pedir un incremento de precio, parece razonable circunscribirlos únicamente a aquéllos. La debilidad de este argumento radica en que, mirado desde la perspectiva del mandante, el precio es un costo en su totalidad, incluyendo la partida de las utilidades, con lo que podría verse incluida. Por su parte, el precio del contrato incluye, en la gran mayoría de los casos una partida por concepto de utilidades y riesgos para cubrir eventos cuya ocurrencia incierta puede resultar perjudicial, con lo que el término ‘precio’ naturalmente tendería a incluir una partida por dicho concepto, la cual por lo general se calcula en relación con los costos y riesgos asociados.

Las refutaciones a la postura excluyente son los argumentos de aquélla que aboga por su inclusión. Ésta última es congruente con la postura mayoritaria que señala que la Regla 2ª busca mantener la conmutatividad del contrato, viendo en ella un caso de aplicación de la teoría de la imprevisión, la cual goza de una mayor difusión<sup>86</sup> debido en gran parte a su controversialidad.

La debilidad de la postura inclusiva pareciera ser más conceptual que normativa: al no exigir los elementos de desproporcionalidad en el valor de los trabajos adicionales ni de gravedad en la magnitud de la ruptura del equilibrio económico que existía al momento de la celebración del contrato se desprende que el bien jurídico que protege la Regla 2ª no es la conmutatividad, sino proteger el patrimonio del constructor, evitando que sufra un perjuicio económico por haber ido más allá del estándar de diligencia exigido. Este enfoque dificulta la justificación de la inclusión de las utilidades, toda vez que su menor valor viene únicamente dado al calcular la proporción que ella tiene en relación con los nuevos costos totales y no a los iniciales, ya que nominalmente la utilidad sigue siendo la misma.

Reconociendo que existen buenos argumentos para ambas posturas, me inclino por aquélla que excluye las utilidades del aumento de precio, por considerar que ella alinea de mejor manera los intereses económicos de las partes, evitando que el constructor tenga que asumir costos que se encuentran fuera de su esfera de responsabilidad, pero también le impide

---

<sup>86</sup> Cabe señalar que en *Concreta con SERVIU* (2001) la demandante reclamó por concepto de “intereses” un monto de un 10% de los mayores costos, con lo que aparentemente se trató de encubrir una partida de utilidades bajo dicha figura.

enriquecerse injustamente a costa del mandante por la ocurrencia de un imprevisto.

*Efectos de la Regla 2ª en el plazo para la ejecución de las obras*

La Regla 2ª no le permite al juez revisar el plazo de ejecución de las obras, a pesar de que los vicios ocultos del suelo normalmente tienen un impacto en el cumplimiento oportuno de uno o más de los hitos establecidos bajo el contrato. Para paliar los efectos económicos que ello conlleva, el constructor podrá solicitar como parte del aumento de precio los costos y gastos necesarios para poder acelerar las obras de manera tal de cumplir sus obligaciones en los tiempos acordados.

Debido a que el juez no puede conceder un aumento del plazo bajo la Regla 2ª, el mandante podrá encontrar conveniente incorporar una cláusula especial en la que le permita optar entre pagar los costos de la aceleración u otorgar una extensión del plazo, según le convenga.

SECCIÓN IV

CLÁUSULAS QUE MODIFICAN SUS EFECTOS

186

*La Regla 2ª es un elemento de la naturaleza del contrato*

La Regla 2ª es un elemento de la naturaleza de los contratos de construcción a suma alzada, siendo supletoria a la voluntad de las partes.

A diferencia de lo que ocurre en Chile, en los países del *Common Law* la regla supletoria es la inversa<sup>87</sup>: a falta de estipulación expresa en contrario, los vicios ocultos del suelo son de cargo del constructor. Sin embargo, el estándar de la industria en materia de contratación parece alejarse de la posición del Derecho anglosajón. La mayoría de los modelos de contratos a suma alzada de diversas organizaciones internacionales y extranjeras<sup>88</sup> (presuponiendo que la regla supletoria es la del *Common Law*), suelen trasladar los riesgos de los vicios ocultos del suelo al mandante, pero exigiendo determinados deberes de conducta que buscan anticiparse a ellos.

A pesar de que el estándar internacional se asemeja bastante a lo dispuesto en la Regla 2ª, la práctica habitual en Chile consiste en tras-

<sup>87</sup> Stees con Leonard (1874).

<sup>88</sup> Dichos modelos corresponden a los elaborados por la FIDIC, la ENAA, la AIA y la EIC, entre otros. Ellos son analizados por HUSE (2002) a propósito de la revisión al *Silver Book* de la FIDIC. Este modelo tiene la particularidad de alejarse de sus pares, transfiriendo el riesgo de los *unforeseen ground conditions* al constructor.

pasar el riesgo de los vicios ocultos del suelo al constructor mediante la incorporación de una o más cláusulas especiales, las cuales se analizan brevemente a continuación.

*Declaración del constructor de conocer las condiciones del suelo*

Un primer tipo de cláusula consiste en una declaración del constructor en la cual dice conocer todas las condiciones del suelo y del subsuelo.

Este tipo de declaraciones, provenientes del Derecho de Contratos anglosajón, buscan hacer responsable a quien las efectúa en caso que lo declarado no sea consistente con la realidad<sup>89</sup>.

Al querer utilizar este tipo de cláusulas para transferir los riesgos de los vicios ocultos del suelo al constructor, el mandante deberá cerciorarse que la declaración recaiga sobre el conocimiento de la información y que dicha información abarque las condiciones reales del suelo, con independencia de si éstas se conocían o no o si eran previsibles o imprevisibles. Un ejemplo de este tipo de redacción se puede encontrar en la letra (a) de la cláusula 4.12 del *Silver Book*:

“Except as otherwise stated in the contract: (a) the contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works”<sup>90</sup>.

187

Este lenguaje extiende el conocimiento efectivo del constructor a las condiciones reales, lo que elimina la imprevisibilidad como un argumento a su favor.

Ante este tipo de declaraciones el constructor querrá cambiar su objeto, centrándola en el análisis de la información más que en los resultados de la misma, y limitando las fuentes de información a las que realmente tuvo a la vista, manteniendo con ello la posibilidad de defenderse alegando la imprevisibilidad de los hechos realmente ocurridos. Un ejemplo de este tipo de redacción se encuentra en la cláusula 4.4 de la EIC, que señala:

“In relation to the Design and execution and completion of the Works the Contractor confirms that he has entered into the Contract on the basis of reasonable examination of data relating to the Works by the Owner and information which he could have obtained from a visual inspection of the Site (if Access thereto

<sup>89</sup> BARROS y ROJAS (2010), p. 523.

<sup>90</sup> FIDIC (1999), p. 14.

was available) and other data readily available to him relating to the Works”<sup>91</sup>.

### *Obligación de revisar información existente*

Un segundo tipo de cláusula impone al constructor ciertas obligaciones en relación con la información geotécnica proporcionada por el mandante.

Se ha aceptado como estándar de la industria que es el mandante quien debe proporcionar la información geotécnica del sitio de las obras<sup>92</sup>. Esto es especialmente aplicable para aquellos contratos que nacen de un proceso de licitación. Se considera que es más eficiente que el mandante efectúe los estudios geotécnicos para, posteriormente, distribuirlos a los potenciales oferentes en vez de que cada potencial oferente efectúe los propios, ya que aquellos participantes que no estén dispuestos a incurrir en tales costos se abstendrán de participar y los que sí lo estén, incorporarán los costos de dichos estudios en el valor de su oferta.

En caso de que se quiera trasladar los riesgos de los vicios ocultos del suelo al constructor, ésta deberá redactarse de manera tal que le imponga a éste la obligación de verificar la información otorgada, sin responsabilidad alguna para el mandante acerca de su veracidad. Un ejemplo de este tipo de redacciones se encuentra en la cláusula 4.12 del *Silver Book* de la FIDIC<sup>93</sup>, la cual señala:

“The Employer shall have made to the Contractor for his information prior to the Base Date, all relevant data in the Employer’s possession on subsurface and hydrological conditions at the Site, including environmental aspects. The Employer shall similarly make available to the Contractor all such data which come into the Employer’s possession after the Base Date. The Contractor shall be responsible for verifying and interpreting such data. The Employer shall have no responsibility for the accuracy, sufficiency or completeness of such data...”<sup>94</sup>.

Esto hace que la obligación del constructor ante la información geotécnica (típicamente de medios) sea sustituida por una de resultado.

Ante este tipo de cláusulas el constructor querrá modificar la redacción, sustituyendo la obligación de verificar la información otorgada por la de

<sup>91</sup> EIC (1994), p. 7.

<sup>92</sup> Véase a BAKER & TURRINI (2013), p. 5 y BAILEY (2007), p. 11.

<sup>93</sup> FIDIC (1999), p. 14.

<sup>94</sup> *Ibid.*

interpretarla según el grado de diligencia al que está sujeto, y haciendo responsable al mandante de la veracidad de la información entregada. Esta postura parece ser la práctica más común, y se puede encontrar en diversos modelos internacionales<sup>95</sup>, con matices.

A diferencia de lo que ocurre con la obligación de validar los estudios geotécnicos, la obligación de interpretar la información otorgada por el mandante presupone que ésta sea fidedigna. En caso que no lo sea, la responsabilidad del mandante por tales errores variará dependiendo si existe una obligación en tal sentido, una exención de responsabilidad o si las partes no regularon explícitamente el tema.

Si el contrato obliga al mandante a proporcionar información veraz, ya sea mediante una declaración o una obligación de hacer, éste será responsable de los perjuicios que le haya generado al constructor por los errores contenidos en la información.

Si contiene una exención de responsabilidad a favor del mandante ante posibles errores en la información otorgada, ésta será válida salvo que los errores sean atribuibles al dolo o culpa grave, por aplicación del artículo 1458.

Si las partes únicamente pactaron la obligación del mandante de proporcionar la información, sin regular los efectos de los errores en la información entregada por el mandante, éste será responsable, si:

- i) atendidas las circunstancias, el constructor no pudo tener acceso a otras fuentes de información siendo esta el único antecedente sobre las condiciones del suelo, convirtiéndola en un factor determinante al momento de determinar el precio de la oferta y
- ii) que el constructor no haya podido detectar dichos errores mediante una inspección diligente de los antecedentes proporcionados.

189

### *Renuncia a la acción que otorga la Regla 2ª*

Un tercer tipo de cláusula consiste en la renuncia del constructor a la acción judicial que le otorga la Regla 2ª. El derecho de pedir un aumento de precio está establecido en el sólo beneficio del constructor, por lo que su renuncia sería permitida de conformidad a lo establecido en el artículo 12. Un ejemplo de este tipo de disposiciones se encuentra en la letra (c) de la cláusula 4.12 del *Silver Book* de la FIDIC, la cual señala:

“Except as otherwise stated in the contract: (c) the Contract Price shall not be adjusted to take account any unforeseen difficulties or costs”<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Ejemplos se pueden encontrar en: FIDIC (1999a), p. 16; FIDIC (1999b), p. 22; ENAA (1992), p. 16 y EIC (1994), p. 7. Todos citados por HUSE (2002), pp. 173-176.

<sup>96</sup> FIDIC (1999), p. 14.

*Conveniencia de alterar los efectos de la Regla 2<sup>a</sup>*

Los mandantes y sus abogados normalmente incorporan en sus contratos cláusulas similares a las analizadas con anterioridad. Sin embargo el efecto jurídico de trasladar el riesgo hacia el constructor puede tener consecuencias económicas que no siempre beneficiarán al mandante.

En noviembre del año 2000 se publicó un informe encargado por el gobierno de Hong Kong al abogado Jesse B. Grove III, con el objetivo de comparar doce modelos de contratos internacionales de amplia utilización en la industria y en especial la forma en que éstos distribuían los riesgos entre las partes, de manera de poder implementar dichos cambios en sus propios modelos. Dentro de las conclusiones del informe se recomendó que el gobierno asuma el riesgo de las llamadas “unforeseen physical conditions”. El principal argumento para fundamentar tal recomendación radica en que si los riesgos se traspasan al constructor y éstos no se materializan, el mandante está pagando un precio muy alto, mientras que si se llega a materializar el constructor podrá verse incentivado a incurrir en menores costos para mantener sus utilidades en otras áreas, lo que puede perjudicar la calidad final de la obra<sup>97</sup>.

En esta misma línea, el profesor Hazel Genn Beh señala que las reglas que entregan el riesgo de las circunstancias imprevistas del suelo al mandante tiene una serie de ventajas económicas en comparación a las normas opuestas: reducen el valor de las ofertas al no ser necesarias incluir en ellas partidas que reflejen el riesgo de la ocurrencia de vicios ocultos<sup>98</sup>, reducen la judicialización al obligar a las partes a negociar de buena fe<sup>99</sup>, evitan que cada potencial oferente lleve a cabo sus propios estudios geotécnicos, aumentando los costos de la masa de oferentes<sup>100</sup> y obligan a las partes a seguir cumpliendo el resto de sus obligaciones, incentivando un desarrollo continuo de las obras<sup>101</sup>.

Dichas ventajas han tenido una acogida tímida por parte de los mandantes públicos<sup>102</sup> y privados<sup>103</sup> en nuestro país, quienes siguen prefiriendo trasladar los riesgos provenientes de las condiciones del suelo a los constructores, a pesar de contar hace más de ciento cincuenta años con

<sup>97</sup> GROVE (2000).

<sup>98</sup> GLENN (1997), p. 132.

<sup>99</sup> *Op. cit.*, p. 134.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 136.

<sup>101</sup> *Op. cit.*, p. 137.

<sup>102</sup> Un caso reciente se puede apreciar en el artículo 2.2.2.1 del decreto del MOP N° 201 del 17 de mayo de 2013, que aprueba las bases para la licitación pública de la obra “diseño y construcción del puente Chacao, Región de los Lagos”.

<sup>103</sup> Como ejemplo se puede mencionar a ENDESA (2006), pp. 6 y 82.

una norma legal supletoria que se encuentra en línea con el estándar de la industria internacional sobre la materia.

### CONCLUSIONES

La Regla 2ª es aplicable a todos los contratos de construcción que cumplan con los requisitos contenidos en el encabezado del artículo 2003 más los que ella misma establece, con independencia de la parte que aporte los materiales principales.

Su fundamento se encuentra en la debida diligencia que el constructor debe aplicar al analizar la probabilidad de ocurrencia de circunstancias perjudiciales, tales como vicios ocultos del suelo y subsuelo del sitio de las obras, configurando una excepción al principio de invariabilidad contractual del artículo 1545.

Le otorga al constructor el derecho de negociar un aumento del precio con el mandante, y a falta de éste por una revisión judicial. El aumento de precio comprende los costos directos y determinados costos indirectos, mientras que es discutible si procede o no incorporar un monto por concepto de utilidad, aunque pareciera conveniente excluir este último ítem.

Existen diversas alternativas para alterar sus efectos. El mandante no siempre querrá trasladar el riesgo de los vicios ocultos del suelo al constructor, puesto que le puede significar tener que pagar un mayor precio bajo el contrato ante un riesgo que puede no ocurrir. Dicha norma genera externalidades económicas positivas, especialmente para aquellas convenciones que nacen de una licitación.

191

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2009). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica.
- ALBORNOZ POLLMANN, Elvira (2005). “Contrato de ejecución de obra a suma alzada: ¿Cuál es la vigencia real y aplicación del supuesto de invariabilidad que se contiene en el artículo 2003 C.C?”, en Juan VARAS y Susan TURNER (coords). *Estudios de Derecho Civil*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique (2007). “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 2. Santiago. Mayo/agosto.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2003). *De la compraventa y promesa de compraventa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1, vol. 2.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.



- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Arturo SOMARRIVA UNDURRAGA, Antonio VODANOVIC HAKLICKA (2004). *Tratado de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique y Nicolás ROJAS COVARRUBIAS (2010). “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”. DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord), *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- BARROS BOURIE, Enrique (2012): “Los contratos de servicio ante la doctrina general del contrato: La virtualidad analógica de las reglas del mandato”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord), *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.
- BAILEY, Julian (2007). What lies beneath: site conditions and contract risk. Disponible en [www.scl.org.uk/node/608](http://www.scl.org.uk/node/608). Fecha de consulta: 23 de enero de 2014].
- BAKER, Ellis y Michael TURRINI (2013). The underlying problem: negotiating the ground conditions issue. Disponible en [www.scl.org.uk/underlying-problem-negotiating-ground-conditions-issue](http://www.scl.org.uk/underlying-problem-negotiating-ground-conditions-issue). Fecha de consulta: 23 de enero de 2014].
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*. Santiago: Editorial LegalPublishing,
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2007). “La imprevisión”. *Actualidad Jurídica*. Vol. 8. N° 15. Santiago. Enero.
- CLARO SOLAR, Luis (1930). *Explicaciones de Derecho Civil chileno*. Santiago: Editorial Cervantes, tomo VI.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo y Arturo PRADO PUGA (1996). *El contrato de construcción y sus principales garantías*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile.
- CORRAL TALCIANI, 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 Puntotext.
- DÍEZ PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas Ediciones, tomo IV.
- DÖRR ZEGERS, Juan Carlos (1985). “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 12 N° 2. Santiago. Mayo/agosto.
- ENDESA, (2006) Bases administrativas generales para contratos de obras a suma alzada. Disponible en [www.endesa.cl/Endesa-Chile/proveedores/Bases\\_Administrativas\\_Generales\\_para\\_Contratos\\_de\\_Obras\\_a\\_Suma\\_Alzada.pdf](http://www.endesa.cl/Endesa-Chile/proveedores/Bases_Administrativas_Generales_para_Contratos_de_Obras_a_Suma_Alzada.pdf). [Fecha de consulta: 23 de enero de 2014].
- ENGINEERING ADVANCEMENT ASSOCIATION OF JAPAN (1992). *Model form international contract for process plant construction (turnkey lumpsum basis) with process licence*. Tokyo: ENAA.

- EUROPEAN INTERNATIONAL CONTRACTORS (1994). *Conditions of contract for design and construct projects*. Berlin: EIC.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES (1999). *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. Ginebra: FIDIC.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES (1999a). *Condiciones de contratación para proyecto y obra: para instalaciones mecánicas eléctricas y para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el contratista*. Ginebra: FIDIC.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE INGENIEROS CONSULTORES (1999b). *Condiciones de contratación para la construcción para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el cliente*. Ginebra: FIDIC.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FURST, Stephen *et al.* (2012). *Keating on Construction Contracts*. Londres: Sweet and Maxwell.
- GLENN BEH, Hazel (1997). "Allocating the Risk of the unforeseen, subsurface and latent condition in construction contracts: Is there room for the Common Law?". *Kansas Law Review*. Vol. 46. Kansas.
- GROVE, Jesse B, III (2000). Consultant's Report on Review of General Conditions of Contract for Construction Works for the Government of the Hong Kong Special Administrative Region. Disponible en [www.constructionweblinks.com/Resources/Industry\\_Reports\\_\\_Newsletters/Nov\\_6\\_2000/grove\\_report.htm#philosophies](http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports__Newsletters/Nov_6_2000/grove_report.htm#philosophies). [Fecha de consulta: 23 de enero de 2014].
- HENCHIE, Nick (2008). "Worlds Apart: a comparison of EPC and EPCM Contracts". Disponible en [www.meyerbrown.com/public\\_docs/Worlds\\_Apart\\_Article.pdf](http://www.meyerbrown.com/public_docs/Worlds_Apart_Article.pdf) [Fecha de consulta: 23 de enero de 2014].
- HUSE, Joseph (2002). *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. Londres: Sweet and Maxwell.
- INSTITUTION OF CIVIL ENGINEERS (ICE) (1991). *Inadequate Site Investigation*. Londres: Thomas Telford.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). *Los contratos, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LYON PUELMA, Alberto (2007). "La voluntad virtual de la 'naturaleza' del contrato determinada por su causa", en Hernán CORRAL TALCIANI y Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- MANRIQUEZ CAMPOS, Jorge (1960). *El contrato de obra y su jurisprudencia (Estudio crítico de la Jurisprudencia del Código Civil. Artículos 1996 al 2005)*. Santiago: Editorial Universitaria.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2008). "Análisis crítico desde el Derecho alemán y nacional de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión", en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial LexisNexis.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010). “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 37, N° 1. Santiago. Abril.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2000). “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. Vol. 68, N° 208. Concepción. 2000, julio/diciembre.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PRAT ECHAURREN, Jorge (1940). *Nociones sobre el contrato de construcción privada*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1996). *Contrato de construcción y la quiebra*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile.
- RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio (2011). *Concesiones de obras públicas. Análisis de la institucionalidad chilena*. Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
- SOWERS, George B. y George F. SOWERS (1972). *Introducción a la mecánica de suelos y cimentaciones* (trad.) José Menéndez Menéndez. México DF: Editorial Limusa.
- WACHHOLTZ MUZARD, Carlos Felipe (1999). *Naturaleza jurídica del contrato de construcción*. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho. Santiago: Universidad Finis Terrae.

### *Normativa citada*

*Código Civil* de la República de Chile.

Decreto N° 47, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 5 de junio de 1992, fija Nuevo Texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 5 de junio de 1992.

Decreto N° 55, Ministerio de Hacienda, de 2 de Febrero de 1977, Aprueba Reglamento de la Ley Sobre Impuesto a las Ventas y Servicios. *Diario Oficial*, 2 de febrero de 1977.

Decreto N° 75, Ministerio de Obras Públicas, de 1 de diciembre de 2004, Deroga Decreto N° 15, de 1992, y sus Modificaciones Posteriores y Aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas. *Diario Oficial*, 1 de diciembre de 2004.

### *Jurisprudencia citada*

Blake Construction Co. con Coakley Co. (1981): USA. District of Columbia Court of Appeals, 27 de mayo de 1981 (responsabilidad contractual), 431 A2D 569 (1981) AT 575.

- Stees con Leonard (1874): USA. Supreme Court of Minnesota, abril de 1874 (responsabilidad contractual), 20 Minn. 494.
- Balladares con Municipalidad de Valparaíso (1914): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 5 de septiembre de 1914 (acción de reembolso), *Gaceta de los Tribunales*, 1<sup>er</sup>. semestre, Santiago, 1916, pp. 456-459.
- Jensen con Impuestos Internos (1965): Corte Suprema, 14 de octubre de 1965 (casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 62, Santiago, II, sección 2<sup>a</sup>.
- Mayers y Hillman con Fisco (1885): Corte Suprema, 23 de junio de 1885 (cobro de pesos), *Gaceta de los Tribunales*, N° XLIV, Santiago.
- Bravo con Pinto (1934): Corte Suprema, 11 de mayo de 1934 (casación en el fondo), *Gaceta de los Tribunales*. Vol. . 1<sup>er</sup> semestre.
- Larraín Vial con Serviu (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2006 (excepción de prescripción), *Gaceta Jurídica*. N° 317, Santiago.
- Concreta con Serviu (2001): 27° Juzgado Civil de Santiago, 10 de julio de 2001 (juicio ordinario de cobro de pesos) rol N° 4902-1998.