



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

**EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN PRIVADO DE GRANDES  
OBRAS Y LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE SUS  
CONTROVERSIAS, COMENTARIOS A SENTENCIAS DE  
TRIBUNALES ARBITRALES**

NATALIA DÍAZ REYES  
KARINA VARELA MEJÍAS

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para  
optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Gonzalo Ruz Lártiga

Santiago, Chile

2016

# ÍNDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1: EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN PRIVADO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIONES	4
1. Elementos teóricos	4
1.1. Contratos de construcción en nuestro ordenamiento jurídico	4
1.1.1. Contrato de construcción de obra pública	4
1.1.2. Contrato de concesión de obra pública	5
1.1.3. Contrato privado de ejecución de obra	6
2. Características generales de los contratos de construcción privada	9
2.1. ¿Libremente discutido o de adhesión?	10
2.2. El contrato de construcción privado como contrato de adhesión	11
2.3. Conclusiones respecto de la adhesión en el contrato de construcción	12
2.4. Documentos integrantes del contrato de construcción de grandes obras	13
2.5. Elementos del contrato de construcción	15
2.5.1. Inmutabilidad de precio	19
2.6. Partes de un contrato de construcción	20
2.7. La responsabilidad de las partes	20
2.7.1. Marco legal general de todo contrato bilateral	21
2.7.2. Marco regulatorio propio del contrato de construcción acorde con las cláusulas estipuladas por las partes.	23
2.8. Clasificación de contratos de construcción	24
2.8.1. Según nuestro Código Civil	24
2.8.2. Según el sistema de fijación de precios	24
2.8.3. Según el método contractual utilizado para la construcción de la obra	26
2.8.3.1. Design-bid-build (dbb)	27
2.8.3.2. Design-build and turnkey o llave en mano	28

CAPITULO 2: PRINCIPALES CAUSAS DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE GRANDES OBRAS Y LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS.	30
1.1 Vacío o ambigüedad contractual	30
1.2 Errores en la ejecución o desempeño	31
1.3 Cambio de las condiciones del contrato	31
2. Solución de controversias	33
2.1. Reclamos o CLAIMS en los contratos de construcción	33
2.1.1. Preparación del CLAIMS	34
2.1.2. Presentación del CLAIMS	36
2.1.3. Presentación de defensa	36
2.1.4. Acuerdo del programa de reuniones y puntos a tratar	36
2.1.5. Conclusión del CLAIMS	37
2.2. Métodos alternativos de resolución de controversias	37
2.2.1. Negociación	40
2.2.2. Mediación	41
2.2.3. Arbitraje	43
2.2.3.1. Clasificación de los árbitros	44
3. Dispute Review Boards	47
3.1. Comentarios sobre el método Dispute Review Board	50
CAPITULO 3: JURISPRUDENCIA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE GRANDES OBRAS.	53
1. Vacío o ambigüedad contractual	54
1.1. Problemas en la cláusula de jurisdicción arbitral.	55
1.2. Naturaleza jurídica del contrato de construcción.	58
1.3. Derecho a exigir multas y sus límites.	61
1.4. Facultad de poner término anticipado al contrato.	62
2. Errores en la ejecución o desempeño del contrato	65
2.1. Incumplimiento de obligaciones del contrato	65
2.2. Daño moral	67

3. Cambio de las condiciones que imperaban al momento de convenirse el contrato.	69
CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFIA	76

## RESUMEN

Este trabajo constituye un estudio acerca de los contratos de construcción privados de grandes obras, el cual desarrolla una íntima conexión entre la ingeniería y el derecho. En el examen de la materia, se advierte la carencia de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a los distintos aspectos que desarrolla este tipo de contratos.

1.- Capítulo I dedica su estudio al contrato de construcción, con sus características y principales clasificaciones. En este capítulo se busca introducir al conocimiento de los contratos de construcción, pero con una mirada jurídica.

2.- Capítulo II, abarca las principales causas de controversias en los contratos de construcción de grandes obras y los medios de solución de las diferencias que se suscitan.

3.-Capítulo III, lo dedicamos al análisis de jurisprudencia arbitral Chilena en los contratos de construcción de grandes obras.

El objetivo central de este trabajo, consiste en presentar sus principales características, tanto las que se asemejen y diferencien del actual contrato de confección de obra regulado en el artículo 1996 y siguientes del Código Civil, también abordaremos los conflictos de mayor recurrencia que se suscitan entre las partes, exhibiendo con ellos los mecanismos de solución que se frecuentan más en nuestro país y aquellos que se encuentran en la vanguardia a nivel internacional, dado que con el pasar del tiempo y debido a la actual conectividad serán el futuro en la solución de controversias en esta materia, en relación a este punto se encuentra nuestro mayor interés en desarrollar la materia, ya que consideramos es un campo medianamente nuevo que no ha sido muy explorado y que presenta expectativas favorables para aquellos que pretenden extender los brazos del derecho a otras áreas.

## INTRODUCCIÓN

El contrato de construcción privado de grandes obras actualmente es un negocio jurídico complicado, en el cual se organizan múltiples partes (contratantes) que participan en la ejecución de una obra o en segmentos de la misma, actuando ya sea como contratistas, subcontratistas o sub-subcontratistas. Las partes del contrato pactan el valor de las obras a través de cláusulas de precio y la modalidad de construcción puede ser; a suma alzada; administración delegada o precios unitarios, y convienen la confección de dichas obras mediante distintos medios de organización, determinando a quien corresponde el desarrollo de cada etapa.

Este moderno y complejo contrato difiere de aquel regulado de manera general en los artículos 1996 y siguientes del Código Civil, al regular en el párrafo 8 “De los contratos para la confección de obra material”, contrato que se asemeja más a la prestación de servicios que a la organización de empresas en torno a la construcción de una obra, que hoy caracteriza al contrato de construcción.

Sin embargo, como podremos advertir más adelante el contrato de construcción moderno mantiene las principales características de aquel regulado en nuestro Código Civil, características como ser un contrato de tracto sucesivo, que determina la mayoría de sus efectos entre las partes y explica la importancia del perfeccionamiento del contrato.

La complejidad de este tipo de contratos y la carencia de legislación que le otorguen una regulación adecuada- teniendo los contratantes que en su autonomía regularlos- ha tenido como consecuencia que las partes se vean obligadas a regular ampliamente sus contratos, creando una gran cantidad de reglas con que reglamentan sus derechos y obligaciones, estableciendo verdaderas normas impuestas por el mandante y que pretenden resguardar su

derecho en casos de inejecución, ejecución tardía o imperfecta de las obras, constituyendo verdaderas normas supletorias del contrato en análisis.

Del examen de estos reglamentos se observa una carencia de mecanismos de resolución de controversias, consagrando únicamente el CLAIMS o reclamo como procedimiento de negociación previo a cualquier instancia procesal, y el arbitraje como la última opción de negociación, descartando otros mecanismos que desde nuestro punto de vista presentan ventajas más evidentes que los mecanismos tradicionalmente utilizados.

La casi exclusiva utilización en nuestro país de mecanismos tradicionales para la resolución de controversias, ha impedido a las partes del contrato de construcción de grandes obras, disfrutar de los beneficios comprobados de otros medios de resolución de conflictos, que entre sus innovaciones poseen la intervención de terceros en una triple función, que actúan inicialmente como consultores, posteriormente como mediadores y por último en algunos casos, como entes resolutivos de primera instancia con decisión vinculante para las partes en conflicto.

En el capítulo primero analizaremos las características principales del contrato de construcción, distinguiendo los distintos tipos de contratos existentes con el objetivo final de dilucidar sus principales características, las que en definitiva nos permitirán elaborar un concepto actual de los diferentes elementos que hoy lo componen.

En el capítulo segundo analizaremos los diferentes tipos de conflictos que se presentan en los contratos de construcción, clasificándolos y tratando de establecer criterios comunes utilizados en la jurisprudencia arbitral, para la resolución de los conflictos entre las partes.

También en este capítulo estudiaremos los denominados métodos alternativos para la resolución de controversias, los que permitirían a las partes solucionar los problemas surgidos durante la ejecución y vigencia del contrato y que permitirían

reducir los costos al evitar juicios arbitrales cuyos gastos resultan muy elevados para las partes en conflicto.

En el tercer capítulo nos abocaremos al análisis de sentencias en relación a los conflictos más relevantes expuestos en el capítulo II de este trabajo.

La jurisprudencia a analizar será aquella de acceso público, obtenida de registros de instituciones como el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago y la Cámara Chilena de la Construcción.

# CAPITULO 1

## EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN PRIVADO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIONES

### 1. Elementos teóricos.

#### 1.1. Contratos de construcción en nuestro ordenamiento jurídico

El contrato de obra, cuando tiene por objeto la construcción de un inmueble recibe el nombre de contrato de construcción, el cual ha sido definido como; “Aquel en que una de las partes denominada comitente o dueño de la obra, encarga a la otra denominada contratista o constructor, la construcción de una obra determinada con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por ello un precio cierto”<sup>1</sup>.

En cuanto a su regulación podemos hablar de tres grandes tipos de contratos de construcción; el de construcción de obras públicas, el contrato de concesión de obras públicas y el contrato de construcción privado. Nos referiremos someramente los dos primeros para posteriormente adentrarnos en análisis del Contrato de Construcción Privado.

##### 1.1.1. Contrato de construcción de obra pública

El contrato de construcción de obra pública es definido en el número 14 del artículo 4 del Decreto Supremo MOP N°75 de 2004 como “*Obra Pública: Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público*”

---

<sup>1</sup> CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo y PRADO PUGA, Arturo, “El Contrato de Construcción y sus Principales Garantías” charla del colegio de abogados de Chile, junio de 1996 pág. 5, citando a Ramón María Mullerat, reproduciendo la definición contenida en el artículo “La denominación del contrato de construcción”, Revista Jurídica de Cataluña. Año 1977.

El bien objeto del contrato de obras públicas, es aquel definido en el Código Civil<sup>2</sup> como “Bien nacional”, ya sea de uso público o aquellos bienes nacionales del estado.

#### 1.1.2. Contrato de concesión de obra pública

El contrato de concesión de obras pública lo define el artículo 39 inciso primero del Decreto Supremo N°900 de 1996 como “(...) *obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados*”. Igualmente ha sido definido por nuestra Doctrina, entre las que destaca la del profesor Silva Cima como un “Acuerdo de voluntades entre la administración y un tercero por medio del cual este último se obliga a construir una obra pública a su costa a cambio de cobrar en su favor durante cierto tiempo tarifas a los usuarios, consistiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de derecho público”<sup>3</sup>.

Un análisis interesante es el que presenta el manual de concesiones de obras públicas en que al referirse a la naturaleza del contrato de concesión señala “Es una suerte de combinación entre el contrato de obra y la concesión de servicios, por el cual el privado se compromete a financiar y realizar una obra nueva, a conservarla o repararla y a explotarla y la remuneración proviene del producto de la explotación de la obra. No obstante, en alguna medida puede ser también una conexión de uso público puesto que el privado puede recibir instalaciones

---

<sup>2</sup> “Art. 589. Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”

<sup>3</sup> SILVA CIMMA, Enrique, “Derecho Administrativo Chileno y Comparado; actos contratos y bienes”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, página 223.

existentes, por las que puede realizar un pago a la administración, y financia y realiza su renovación y las utiliza para proporcionar un servicio”<sup>4</sup>

Como explica Dolores Rufián, la concesión de obra pública para su explotación que implique la construcción de una obra nueva posee la naturaleza doble de ser un contrato de construcción de obra pública y a la vez un contrato de concesión de servicios, cuyos efectos no es la de crear o generar dominio alguno del concesionario sobre la obra o concesión, que permanece en dominio del Estado. En los dos casos anteriormente mencionados, (1) contrato de construcción de obra pública y (2) contrato de concesión de obra pública, se trata de un “contrato administrativo”, es decir, de un pacto sumido a un régimen normativo de derecho administrativo, celebrado entre un órgano de la administración del Estado y un particular u otro órgano de la administración cuyo fin es satisfacer directa o indirectamente un objetivo de interés público.

### 1.1.3. Contrato privado de ejecución de obra

El contrato privado de ejecución de obra es el tema principal abordado por el presente trabajo, que denominaremos genéricamente como contrato de construcción, sin embargo, se encontraran paralelos en ciertas materias con el contrato de obras públicas, sea el de concesión o construcción, en temas relativos a este estudio como son las características de los contratos y los mecanismos de solución de controversias que consagran en sus respectivos estatutos legales.

El contrato de construcción según el artículo 1996 y siguientes del Código Civil, se entiende que puede tener doble naturaleza, la “de venta” y la de un arrendamiento para la confección de una obra material , este último, según lo regulado y conforme al tenor de los elementos establecidos en el art. 1915<sup>5</sup> del Código Civil, lo podríamos definir como aquel contrato en el que ambas partes se obligan

---

<sup>4</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores M., “Manual de Concesiones de Obras Publicas”, pág. 17, Fondo de Cultura Económica, 1999, Santiago, Chile

<sup>5</sup> Art. 1915. El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado

recíprocamente, la una a ejecutar una obra, y la otra a pagar por la ejecución de esta obra un precio determinado.

Nuestro Código Civil además, ha regulado algunos aspectos del contrato de obra o construcción en los artículos 1996 a 2005, tratando materias como: La clasificación de contrato de obra en relación a quien suministra los materiales; Los riesgos por la pérdida de la cosa o materiales; Establece como normativa supletoria del contrato de arrendamiento de obra las establecidas para el contrato de arrendamiento; Regula el precio del contrato de obra y su manera de fijarlo; La obligación de indemnizar perjuicios por incumplimiento de obligaciones o cumplimiento tardío, mencionando expresamente el lucro cesante; reconocimiento y aprobación parcial de quien encargó la obra como elemento que altera la responsabilidad por los riesgos en la pérdida de la cosa; además de regular la responsabilidad del empresario y el arquitecto; el término del contrato de obra por muerte del empresario y sus consecuencias en la obras ya realizadas; e incluso el establecimiento de un medio de prueba específico para la resolución conflictos por indebida ejecución de la obra<sup>6</sup>. Tratándose de la construcción de un edificio sólo dos normas se refieren a ello, estas son las establecidas en los arts. 2003 y 2004.

La complejidad del contrato de construcción y la importancia de su objeto, han evidenciado que su regulación es del todo insuficiente.

La necesidad de normas claras se manifiesta en la utilización uniforme y reiterada de estatutos de contratación privados, que regulan los procesos de licitación, adjudicación, suscripción y desarrollo de contratos de construcción e ingeniería en la contratación con grandes mandantes como la Corporación Nacional de Cobre de Chile, "CODELCO". Estos estatutos establecen las bases generales para la contratación con el mandante, transformándose para efectos de la interpretación del contrato como parte integrante de éste, rigiendo como parte del mismo en todas aquellas materias no reguladas expresamente por el contrato de construcción, sus modificaciones durante la ejecución y demás partes integrantes del mismo.

---

<sup>6</sup> Gaceta de los Tribunales, 1912, primer semestre, sección civil, página. 68. fallo Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Como señalan don Patricio Figueroa Velasco y don Juan Eduardo Figueroa Valdés<sup>7</sup>, en la actualidad la tendencia es liberar el contrato de construcción del ámbito del contrato de arrendamiento de obra de carácter romanista, adoptándose la nueva denominación de “CONTRATO DE EMPRESAS”, en que “Una persona asume con organización de medios, capital, mano de obra e instalaciones necesarias y con gestión de su propio riesgo una posición contractual que lo obliga a producir algo no preexistente”<sup>8</sup>.

El contrato de empresas se caracteriza por estar basado en un criterio económico, refiriéndose con ello, a la inversión de capital con gestión de organización a base de propio riesgo del contratista, que se aleja de la clásica concepción de contrato de arrendamiento de servicios de ejecución de obra, en que el suministro de materiales era el elemento que distinguía las normas de supletoria aplicación.

Dentro del denominado derecho de empresas se enmarca el estudio del presente trabajo, específicamente en el análisis del contrato de construcción de grandes obras y los mecanismos utilizados para la solución de sus controversias.

El contrato, objeto de nuestra investigación, es aquel que posee como característica principal la organización por parte del contratista de medios, capital, mano de obra e instalaciones para la construcción o ejecución de obras materiales, en la contratación con otra organización o ente de medios equivalentes, denominado mandante o dueño de la obra, que busca mediante este acuerdo, la satisfacción de su necesidad de obras materiales para la complementación o ejecución de su propio giro o negocio.

Por regla general, al contrato de construcción de grandes obras, son totalmente aplicables las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, las que sin embargo, debido a la cuantía y complejidad del objeto del contrato, resultan insuficientes.

Frente a la manifiesta falta de regulación y la complejidad del negocio adquiere fuerza la regulación de las partes y el principio de autonomía de la voluntad.

---

<sup>7</sup> FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, “URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN”, pág. 245, Lexis nexis, 2006, Chile.

<sup>8</sup> FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, “URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN”, pág. 245, Lexis nexis, 2006, Chile, citando a Antonio García, “Derecho de la Construcción”, pág. 18, Bosh casa editorial, 1996, España.

Las Bases Administrativas Generales Privadas (BAG) en la contratación de construcción de grandes obras no públicas, se han transformado en uno de los elementos más importantes en la regulación de esta materia. Todo lo anterior, suscita por que los privados observaron la carencia de regulación existente en nuestro ordenamiento, es por ello que grandes mandantes de contratos de ejecución de obras frente a la necesidad de establecer normas claras para la relación entre ellos y sus contratistas, haciendo uso del principio de autonomía contractual, crearon estatutos que regulan como norma supletoria la totalidad de sus relaciones contractuales en esta materia, estableciendo un reglamento de uso general, que pueden ser modificado por el contrato mismo que se suscribe u otros documentos considerados expresamente integrantes del mismo.

Somos de la opinión de que las BAG utilizadas en los contratos privados de construcción tienen la naturaleza jurídica de un contrato de adhesión, ya que cada empresa las elabora, y el contratista debe manifestarse en orden a aceptarlas o rechazarlas, pero teniendo como consecuencia que el rechazo no le permitiría adjudicarse el proyecto, entonces no tiene la opción de proponer cambios, alterarlas o modificarlas, sino tan sólo de aceptarlas en su totalidad.

La existencia de Bases Generales de contratación demuestra la vigorosa autonomía conferida al contrato de grandes obras, en el cual la adecuada ingeniería contractual de claridad semántica disminuirá radicalmente la posibilidad de controversias irremediabiles entre las partes.

## 2. Características generales de los Contratos de Construcción privada

El contrato de construcción privado se caracteriza por ser bilateral, conmutativo, oneroso, principal, consensual, y de tracto sucesivo, en el que una parte se obliga a ejecutar una obra, entregándosela a otra que pagará un precio por ella.

Bilateral: en cuanto se obligan ambas partes contratantes en forma recíproca.

Conmutativo: en que deben mirarse como equivalentes las obligaciones de ambas partes.

Oneroso; porque involucra el pago de un precio.

Principal; porque subsiste por sí mismo.

Consensual; porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Sin perjuicio, de las formalidades que establezcan los contratantes como requisito para el perfeccionamiento del contrato.<sup>9</sup>

Tracto sucesivo o ejecución diferida; atendiendo que en la práctica el cumplimiento de la obligación de pagar el precio, está determinada al estado de avance de la obra circunstancia de especial importancia al tenor de los artículos 2000 y 2001 del Código Civil<sup>10</sup>, que analizaremos más adelante.

De adhesión; en nuestra opinión el contrato de construcción privado de grandes obras, es un contrato de adhesión principalmente por el desequilibrio del poder negociador de los contratantes.

## 2.1. ¿Libremente Discutido o de adhesión?

El contrato libremente discutido es aquel en que las partes han deliberado en cuanto a su contenido, examinando y ventilando las cláusulas del contrato que se discuten en un plano de igualdad conformando el contrato la expresión de su acuerdo de voluntades.

Por el contrario, el contrato de adhesión es aquel en que una sola de las partes redacta las cláusulas limitándose la otra a aceptarlas en bloque.

---

<sup>9</sup> Sin embargo el contrato de concesión o de construcción de obras públicas, es solemne según lo dispone el artículo 8º del Decreto Supremo MOP N°75 de 2004.

<sup>10</sup> Art. 2000. La pérdida de la materia recae sobre su dueño. Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la

materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:

1.º Si la obra ha sido reconocida y aprobada;

2.º Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra;

3.º Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno.

Art. 2001. El reconocimiento puede hacerse parcialmente cuando se ha convenido en que la obra se apruebe por partes.

Como señala don Jorge López Santa María “la doctrina reconoce normalmente la existencia de un contrato de adhesión allí donde la oferta presenta los siguientes signos distintivos:

1. Generalidad. La oferta está determinada a toda una colectividad de contratantes eventuales.
2. Permanencia. La oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor.
3. Minuciosidad. La oferta es detallada; todos los aspectos, aun los más hipotéticos, son reglamentados por ella.”<sup>11</sup>.

Asimismo reconoce como rasgo principal de este tipo de contratos el desequilibrio del poder negociador de los contratantes.

En relación al contrato de construcción de obras privadas, en nuestra opinión cumple cada una de las características mencionadas para ser considerado un contrato de adhesión.

## 2.2. El contrato de construcción privado como contrato de adhesión.

El contrato de construcción privado admite también en muchos casos su incorporación a esta clasificación, incluso en el caso de un contrato único entre las partes, pues lo único claramente diferenciador de los mismos es el desequilibrio en el poder de la negociación, de forma tal que el contratante no poderoso se limita a aceptar o rechazar el contrato de adhesión dictado por la contraparte, señalando que lo normal es que ni siquiera pueda rechazar las condiciones. Esta es la tesis que sustenta Jorge López Santa María, aunque igualmente esta sería la regla general en los contratos de adhesión.

Debemos afirmar que en nuestra opinión existen fundamentos para demostrar el abuso del mandante por el desequilibrio de la negociación en contratos de

---

<sup>11</sup> LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, “Los Contratos parte general” tomo 1, pág. 151, Editorial Jurídica de Chile, 4ta edición, 2005, Chile.

construcción privados, mediante la inclusión de ciertas cláusulas cuestionables. A modo de ejemplo:

La cláusula 5.6 de la BAG de ENDESA, en relación con la suspensión o paralización de las obras, señala que *“El PROPIETARIO podrá, sin expresión de causa, paralizar parte o el total de las Obras, previo aviso escrito dado por el Inspector Jefe con una anticipación mínima de siete (7) días”,* a continuación señala *“Recibida por el Contratista la orden de paralización, tomará éste las medidas necesarias para reducir al mínimo los gastos que origine y acatará con prontitud las instrucciones que se le impartan, debiendo, durante el período subsiguiente, proteger y conservar las Obras a satisfacción del Inspector Jefe”.*

Esta cláusula según nuestra opinión, refleja ampliamente la disparidad que existe en esta relación contractual, ya que permite al mandante (propietario) arbitrariamente poner fin al total de las obras sin una causa que lo justifique, causando evidentemente perjuicios al contratista, ya que ha invertido en materiales, mano de obra, logística, transportes, etc. Incluso se señala que si la causa es distinta del incumplimiento de las obligaciones del contratista, tendrá derecho a la ampliación del plazo proporcionado, pero incluso si se le causaren perjuicios, sólo podrá reclamar el daño emergente pero no el perjuicio por las utilidades pérdidas. Es decir, el contratista queda completamente en una posición gravosa y el efecto es diverso para ambos contratantes, lo que revela el desequilibrio en el poder de negociación de las partes.

### 2.3. Conclusiones respecto de la adhesión en el contrato de construcción.

Como contraargumento al carácter de adhesión del contrato de construcción se ha señalado que, el solo hecho de que una de las partes “ofrezca” el contenido del contrato, limitándose el co-contratante a aceptarlo o rechazarlo en su conjunto, no priva a un contrato redactado de esta forma de la posibilidad de acuerdo de voluntades provenientes de la negociación sobre la modificación de ciertas cláusulas en el contenidas, por lo tanto, sigue tratándose de un acto

bilateral y de un contrato lícito, cuyas cláusulas las partes acordaron conjuntamente y que nace a la vida independiente de quien las haya propuesto.

Indudablemente, la existencia de circunstancias en que se evidencie un abuso y transgresión del principio de buena fe deberá ser resuelto caso a caso y a la luz del criterio aquí expresado, el de interpretación conforme al riesgo de la redacción y buena fe contractual.

#### 2.4. Documentos integrantes del contrato de construcción de grandes obras.

Como mencionamos, en el contrato de construcción la carencia de una adecuada regulación no acorde a la envergadura de estos tipos de contratos, ha obligado a los contratantes a desarrollar exhaustivos análisis de las cláusulas a incluir en sus contratos, los cuales han incorporado distintos documentos de carácter técnico y contractual como parte integrante del contrato.

Los mandantes o dueños de grandes obras de contratos de ejecución, han desarrollado documentos similares en su forma, pero adaptados a cada una de sus necesidades, que regulan la licitación, contratación y ejecución de sus obras. En muchos de estos acuerdos se toman ciertos modelos, como las BAG de CODELCO, pero acomodados a sus objetivos, aunque generalmente contienen documentos similares, que el propio contrato señala como parte integrante de él, como los siguientes:

- a. Carta de adjudicación.
- b. Acuerdos escrito previos a la suscripción del contrato.
- c. Exclusiones de la oferta del contratista que el propio mandante considere como exclusiones generales.
- d. Respuestas a consultas.
- e. Aclaraciones enviadas por el mandante.
- f. Bases administrativas especiales: que contienen elementos del contrato que modifican las Bases Generales, especificando porcentajes de multas,

- hitos, plazo de ejecución, garantías que se exijan al contratista y su periodo de vigencia, seguros y todo aquello que delimite la aplicación de la BAG.
- g. Estándares corporativos del mandante sobre seguridad, higiene, salud ocupacional, medio ambiente y calidad para empresas contratistas.
  - h. Bases administrativas generales.
  - i. Bases técnicas.
  - j. Planos validos para la construcción.

En algunos casos el contrato agrega cuerpo o reglamentos normativos específicos, lo que dependerá de la obra a ejecutar, como:

- Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.
- Reglamento para Contratos de Obras Públicas.
- Todas las normas del Instituto Nacional de Normalización (INN) sobre materiales de construcción, ensayos, controles, mensura, seguridad, etc.
- Especificaciones Técnicas para la construcción de edificios que no constituyan vivienda.
- Reglamento General sobre instalaciones domiciliarias de Alcantarillado y Agua Potable de la Empresa de Servicios Sanitarios correspondiente y normativas de la Superintendencia de Servicios Sanitarios
- Ley General de Servicios Eléctricos, incluso los Reglamentos Internos de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

La mayoría de los contratos consagran en sus BAG cláusulas de prelación que permiten corregir posibles o eventuales contradicciones entre los documentos integrantes del contrato, creando un sistema armónico.

Es de general estipulación que la serie de preguntas y respuestas, que corresponde al planteamiento directo y en una audiencia de las dudas técnicas o contractuales sobre la obra a ejecutar, el contrato y demás documentos integrantes y su respuesta por el representante del contratista o cualquier mandatario a ello, tenga una preferencia mayor que las demás partes del

contrato, resultando una instancia de enorme importancia para la ejecución de la obra encomendada.

Las BAG privadas poseen una preferencia menor en relación a las BAG de empresas del estado, ya que en estas últimas se establecen minuciosamente y cada uno de los requisitos para participar y finalmente adjudicarse una licitación, pero en los contratos privados, si bien deben cumplirse todos sus requisitos, pueden existir ciertas lagunas en los contratos y demás documentos integrantes lo que tendrá posible solución a través de instancias de preguntas y respuestas entre otras posibles instancias.

## 2.5. Elementos del Contrato de Construcción

Según Marcelo Illanes Ríos<sup>12</sup> Los principales elementos del contrato de construcción son:

El objeto; entendiéndose por tal aquella precisa y bien determinada obra que se pretende construir, con referencia completa a los materiales que se pretende utilizar y todos los demás detalles básicos de la obra. La inadecuada determinación del objeto provocará defectos o vacíos contractuales, que involucrarán problemas en el momento de la ejecución o puesta en marcha del proyecto con consecuencias en el estudio de presupuesto, retrasos, imposibilidad de poseer un diseño y proyecto adecuado, afectando a su vez rendimientos, precios, disminuyendo el margen utilidad con que el contratista operará, etc.

Las BAG de CODELCO, estatuto privado, definen el aumento o disminución de de obras, trabajos o servicios como aquellas “variaciones que, al ejecutarse un contrato, pueden experimentar las cantidades provisionales previstas para partidas a precios unitarios contenidas en el itemizado”. Además, establece dos procedimientos para la modificación del contrato regulando las compensaciones por la modificación en cada uno de ellos, el denominado procedimiento de Orden de Cambio aplicable durante la ejecución del contrato y para aumentos de plazo que no superen el 10% y cuyo monto del aumento no supere un 20% del precio

---

<sup>12</sup> ILLANES RIOS, Claudio “El Contrato de Construcción a suma alzada”, Charla Colegio de Abogados de Chile, junio 1996, pág. 6.

total del contrato. Otro mecanismo es el de modificación de contrato para montos y plazos superiores a los anteriores, el cual conlleva un nuevo acuerdo y negociación.

También, establece normas que regulan las compensaciones al término del contrato si los costos son ostensiblemente mayores que lo presupuestado, distinguiendo reglas y procedencia según el tipo del contrato.

Don Claudio Illanes Ríos<sup>13</sup> advierte que el conocimiento por parte del contratista del terreno en que se ejecutará la obra, es un elemento distinto del objeto u obra, el cual según sus palabras, generalmente se expresa en el contrato con la declaración del contratista que declara conocer el terreno y que acepta y conoce los planos con sus antecedente técnicos. Sin embargo, el conocimiento real del contratista sobre el terreno parece imposible en algunos casos, específicamente en el contrato de construcción de túneles, donde el conocimiento de la roca o material sobre el cual se va a excavar es puramente teórico y se realiza sobre las prospecciones de la posible geología del terreno a construir. En estos casos es imposible hablar de un conocimiento real y efectivo del terreno, otorgando mayor importancia a lo que las partes regulen frente al cambio de las condiciones del contrato. Cabe mencionar que en contratos de construcción de túneles, la calidad del macizo rocoso es uno de los elementos que mayormente afecta los costos y plazos del proyecto.

El precio. Previo al estudio de este elemento que conforma el contrato de construcción, debe aclararse para efectos de su estudio que nuestro Código Civil distingue en el artículo 1996<sup>14</sup>, dos tipos de contrato de confección de obra material, atendiendo quien suministra los materiales, el que tiene la forma de un

---

<sup>13</sup> ILLANES RIOS, Claudio, ob. Cit. Pág. 7.

<sup>14</sup> Artículo 1996 Código Civil "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.

Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen."

arrendamiento y aquel que posee la forma de una compraventa. Será un contrato de arrendamiento de servicios cuando los materiales son suministrados por el comitente, quien encarga la obra. Por el contrario, cuando el empresario es quien suministra los materiales el contrato posee la naturaleza de “venta”, cuestión que abordaremos más profundamente al tratar la clasificación de los contratos de construcción.

En relación con esto último, nuestro Código Civil al tratar la compraventa define “precio” en el art. 1793<sup>15</sup>, concepto que rige plenamente en esta materia, sobre todo si reconocemos la naturaleza de venta que puede revestir al contrato de construcción. Al respecto surge una pregunta, ¿es necesario que este precio pagado cumpla los requisitos que nuestro Código Civil y doctrina exigen para el precio en la compraventa? Analicemos estos requisitos:

Debe ser en dinero según lo dispone el artículo 1794<sup>16</sup> del Código Civil, sin embargo, es posible pactar parte en dinero y parte en especies, entendiéndose permuta si la cosa dada es de mayor valor que el dinero.

Debe ser real, cuestión absolutamente aplicable al contrato de construcción, de lo contrario podría importarse el delito de evasión de impuestos<sup>17</sup>, al estar sujeto a IVA el precio pagado por la obra.

---

<sup>15</sup> 1793 parte final “El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio.”

<sup>16</sup> Art. 1794. “Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario.”

<sup>17</sup> “Art. 97. Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica:”

4.- Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito, o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con multas del cien por ciento al trescientos por ciento de lo defraudado.

El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de

Debe ser determinado o determinable, y no dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Además el artículo 1809<sup>18</sup> del citado cuerpo legal señala que la determinación del precio también puede dejarse al arbitrio de un tercero. Si el tercero, no determina el precio podrá hacerlo por él cualquier otra persona que conviniere los contratantes. En el caso de la compraventa, si las partes no convienen en el precio se produce la nulidad o inexistencia del contrato, lo que dependerá de si se adhiere o no a la teoría de la inexistencia. En todo caso, la falta del precio en el contrato de compraventa impedirá la venta.

Es aquí donde la regulación del contrato de confección de obra material se aparta de los requisitos del precio establecido para la compraventa. Puesto que en el contrato de confección de obra donde los materiales son suministrados por quien encarga la obra es de arrendamiento, y las reglas subsidiarias que lo rigen son por ende las del contrato de arrendamiento, pues así lo expresa el inciso final del artículo 1996 del Código Civil; “El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen.”

Para el contrato de arrendamiento no existe norma alguna que sancione con inexistencia o nulidad la falta de estipulación del precio, por tanto rigen las reglas del artículo 1944 del Código Civil. Consecuentemente las normas subsidiarias del “arrendamiento de obra” permiten que este contrato exista o se perfeccione sin vicios de nulidad, a pesar de no estar acordado su precio.

En cambio la “compraventa de obra”, por exclusión de lo señalado en el inciso final de artículo ya citado, se regula subsidiariamente por las normas de la compraventa conforme a su propia naturaleza, manifestada en el mismo artículo y, como ya vimos, para que haya compraventa es esencial la existencia de un precio. Entre los elementos esenciales hay algunos que deben figurar en toda

---

presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado.

Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.

<sup>18</sup> Inciso 1 Art. 1809. “Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se conviniere los contratantes; en caso de no convenirse, no habrá venta.”

clase de actos: son los elementos esenciales comunes (la voluntad, el objeto) y hay otros que sólo son indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesarios ni figurando para nada en la vida de los otros. Así, el precio es un requisito esencial en la compraventa, por lo tanto, de acuerdo a las reglas subsidiarias de la “venta de obra” la falta de precio acarrearía la nulidad o inexistencia del contrato.

Sin embargo, el art. 1997<sup>19</sup> del Código Civil establece que a falta de precio se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que estime equitativo a juicio de peritos. El carácter excepcional de esta norma en relación a las normas que regulan la compraventa se justifica nuevamente por las características de perfeccionamiento a través del tiempo que involucra a este contrato, que en el caso de la “venta de obra” se perfeccionará en el momento de la aprobación de lo construido por el que ordeno la obra, aprobación que también podrá ser parcial y a lo largo de la ejecución de la misma.

En nuestra opinión, la regulación del precio, requisitos y forma de determinarlo en la compraventa, es plenamente aplicable al contrato de obra. Únicamente hace excepción la regla especial consagrada en el artículo 1997 del mismo cuerpo legal, que permite la existencia del contrato de obra a pesar de no haberse convenido el precio.

#### 2.5.1. Inmutabilidad de precio

La inmutabilidad del precio dependerá del tipo de contrato que las partes hayan estipulado, si el contrato acordado es de suma alzada, poseerá como una de sus características principales la inmutabilidad del precio acordado, sin embargo, si el contrato es de precios unitarios es esencialmente modificable cuando el número de objetos contenidos en el ítem respectivo varíe.

---

<sup>19</sup> Art. 1997. Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

Pero, qué sucede si nada se señala en cuanto a esta característica del contrato, ¿Cuál es la regla general en esta materia?

Nuestro Código Civil dentro de sus normas se refiere a la inmutabilidad del precio en el contrato de construcción y al respecto señala en el N° 1° del Art. 2003: “El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho modificaciones o agregaciones en el plan primitivo”. Durante la ejecución del contrato pueden presentarse escenarios desconocidos, que pueden ocasionar costos imprevisibles, frente a un hecho de esta naturaleza el empresario o constructor debe pedir autorización al dueño para incurrir en el gasto necesario conforme al nuevo escenario, no pudiendo prescindir de tal permiso. Si el dueño rehúsa la autorización se produce un conflicto o controversia entre las partes del contrato, poniendo en funcionamiento los mecanismos que las partes hayan convenido en el contrato para la solución de los mismos.

Entonces, debemos acordar que la regla general establecida por nuestro ordenamiento es la inmutabilidad del precio. Por lo tanto, frente al silencio de las partes deberá entenderse que el precio estipulado es inamovible.

En caso de que el contrato sea a serie de precios la naturaleza del precio será esencialmente mutable, al estar expresado en unidades o medidas de obra que pueden aumentar o disminuir.

## 2.6. Partes de un Contrato de Construcción

Las partes que celebran el contrato de construcción son el dueño de la obra, que encarga la construcción de ésta y el contratista, que se compromete a ejecutar la obra que el dueño pretende. Son también denominados como elementos personales del contrato de construcción.

El dueño de la obra tiene diversas obligaciones, pero entre éstas, hay dos que son principales: Pagar el precio acordado por la obra, y declarar si aprueba o rechaza la obra ejecutada. El constructor por su parte, debe efectuar la confección

total, oportuna y fiel al proyecto que se ha comprometido a ejecutar. Sin embargo, las partes pueden establecer otras obligaciones como:

- Que los trabajos sean dirigidos personalmente por el contratista o por un jefe técnico diverso.
- Mantener en el terreno un número y calidad determinado de profesionales.
- Permitir por la inspección de la obra al mandante o sus representantes.
- Derecho a reclamar por las resoluciones o multas impartidas por el mandante.
- Estados de pago sean por sumas de obras acordadas y ejecutadas, salvo las retenciones estipuladas.
- Reajuste y anticipos del precio de obra si se ha pactado

## 2.7. La Responsabilidad de las partes

Respecto de la responsabilidad en el contrato de construcción de grandes obras, existen tres marcos regulatorios importantes;

El marco legal general que establece la ley para todo contrato bilateral.

Marco legal especial que establece la ley para el contrato de construcción en específico.

Marco regulatorio propio de la calificación jurídica del contrato de construcción acorde con las cláusulas estipuladas por las partes.

### 2.7.1. El marco legal general de todo contrato bilateral

Frente al incumplimiento de las obligaciones de una parte, la ley establece que la contraparte puede pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento forzado de la obligación incumplida, con indemnización de perjuicios. Es menester que para la aplicación de la condición resolutoria tacita se trate de un contrato bilateral en que se produzca un incumplimiento imputable de una obligación contraída y que quien accione para su cumplimiento haya cumplido o esté llano al cumplimiento de su propia obligación, además de ser declarada judicialmente. La naturaleza de la

responsabilidad de las partes en el contrato de construcción es civil, “siendo aquella que busca atribuir a una persona determinada la obligación de reparar el daño causado a otra, en especie o equivalencia”<sup>20</sup>

La doctrina tradicional ha clasificado la responsabilidad civil dentro de dos grandes áreas, cuya aplicación depende de la relación que exista previamente entre el autor del daño y la víctima, clasificándose en; responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual; la primera deriva de un deber general de no causar daño injusto a otros y la segunda, de la infracción a una obligación adquirida mediante un contrato previo de las partes. La tendencia actual en materia de contratos de construcción privados admite la procedencia del daño moral dentro de los márgenes de la responsabilidad contractual<sup>21</sup>. Su procedencia ha sido reconocida en la jurisprudencia ordinaria y también en la arbitral, la mayoría de las demandas que conoce este órgano jurisdiccional dentro de sus peticiones solicita la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, expresado en dolor, sufrimiento y preocupación experimentado por una de las partes del contrato, sumado al estrés diario, disminución de la calidad de vida, conflictos con bancos y otros acreedores, ejemplo comprensibles dentro del ámbito de circunstancias que rodean la negociación y ejecución de un contrato.

Las principales diferencias entre uno y otro tipo de responsabilidad radican en la posibilidad de presumir la culpa y en cuanto al plazo de prescripción.

Por lo tanto, debemos concluir que las normas de responsabilidad pertinentes en materia de construcción son las de responsabilidad contractual sin perjuicio, de la posibilidad de requerir la indemnización de daño moral cuya procedencia deberá calificar el juez respectivo sea en sede común o arbitral.

---

<sup>20</sup> FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, óp. Cit., pág. 243.

<sup>21</sup>OTERO LATHROP, Miguel, Laudo arbitral Rol 178-99 “*En cuanto al daño moral como consecuencia de una infracción contractual, su existencia está ampliamente aceptada por los autores y la jurisprudencia*”.

2.7.2 Marco regulatorio propio del contrato de construcción acorde con las cláusulas estipuladas por las partes.

Las normas establecidas en nuestro Código Civil deben correlacionarse con las cláusulas que las propias partes hayan estipulado en caso de incumplimiento, que pueden ser evaluaciones convencionales, las que pueden establecer multas en relación al monto del contrato, por simple mora, por incumplimiento, o el cobro de las garantías de fiel cumplimiento del contrato.

Es de normal aplicación que el mandante o dueño de la obra estipule que en caso de incumplimiento del contratista o constructor, podrá hacer efectiva la garantía de fiel cumplimiento del contrato administrativamente y a título de pena, sin perjuicio, de las acciones para exigir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. A lo que debe sumarse que la garantía de fiel cumplimiento podría ser cobrada por simple cumplimiento tardío.

Si las partes han estipulado un contrato de suma alzada, nuestros tribunales han señalado que existe venta y el peligro de la cosa es del constructor, mientras no exista aprobación de quien encargo la obra. La circunstancia de que se adelanten fondos al constructor no significa que se adueñe de estos y deba cargar con el peligro de la cosa.

En el contrato de suma alzada la relación contractual es más exigente, el contratista debe ejecutar la obra en su totalidad y por un precio predeterminado, sin que en principio le sea autorizado alegar circunstancias posteriores para modificar el precio del contrato.

Entonces, debido a la naturaleza de suma alzada del contrato, no es posible por problemas relacionados con el aumento del costo de jornales, materiales, omisiones o errores que el mismo contratista haya cometido en cubicaciones, o análisis de terreno y, en general de todos los antecedentes que consideró para formular la propuesta, solicitar un aumento o modificación del precio estipulado, lo

que está acorde con lo señalado en el artículo 2003 números 1 y 2 del Código Civil<sup>22</sup>.

Si el contrato acordado es de construcción a precio unitario, la distribución de los riesgos resulta más equitativa, ya que la modificación o cambio de condiciones se expresara en el aumento de la medida o cantidad del ítem necesario, permitiendo aumentos controlados y acordados por las partes.

## 2.8. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

### 2.8.1. Según nuestro Código Civil

Conforme a lo dispuesto en el art. 1996 del Código Civil el contrato de construcción se clasifica atendiendo a quien suministra los materiales, de venta o de arrendamiento.

### 2.8.2. Según el sistema de fijación de precios

El sistema de fijación de precios permite clasificar a los contratos de la siguiente forma:

#### a) Contrato por suma alzada

Sergio Urrejola lo ha definido como; “aquel contrato en que una de las partes se obliga a realizar la totalidad de los trabajos según las especificaciones técnicas y

---

<sup>22</sup>Art. 2003. 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:

1.a El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los

materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2.a Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren 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 o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.”

planos, para entregarla concluida, por un precio único fijado al momento de pactar las obras”<sup>23</sup>

Este tipo de contrato se caracteriza por la invariabilidad e inamovilidad del precio, que podrá ser modificable frente a dos condiciones; que se agregue una cláusula de revisión de precio o que se introduzcan obras extraordinarias o modificaciones que impliquen un aumento o disminución de la obra.

La mayoría de los contratos o documentos integrantes establecen límites al aumento y límites a la compensación, establecido en relación a un porcentaje de la obra, estas demarcaciones pretenden resguardar la extensión o tamaño del contrato.

En esta clase de convenciones el mandante trata de traspasar al contratista, el riesgo de mayor costo originado por eventuales cantidades de obras mayores a las calculadas para la oferta. Pero como contrapartida el proyecto de ingeniería entregado debe ser completo y no puede ser alterado, si resulta incompleto o alterado el concepto de suma alzada se vulnera, dando lugar a aumentos de obra y nuevos cobros.<sup>24</sup>

En este tipo de contratos caracterizados por la inamovilidad de su precio, pasa a tener importancia la posible aplicación de la Teoría de la imprevisión, tema que analizaremos más adelante al tratar el arbitraje, el único ámbito en que se ha aplicado exitosamente esta teoría en nuestro país.

#### b) Por precios unitarios

Dentro de la clasificación de contratos a precios unitarios o precio alzado relativo, podemos establecer nuevas distinciones respecto de la inclusión o no de los gastos generales y utilidades dentro de los precios unitarios, lo que será muy importante para efectos del cálculo de compensaciones por aumento o modificación de obra.

---

<sup>23</sup> URREJOLA, Sergio. “La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción”, pág. 20, Santiago, Chile: LexisNexis, 2004.

<sup>24</sup> Considerando nº 9 Laudo arbitral dictado por el Juez árbitro mixto don CLAUDIO ILLANES RÍOS, caratulado” Constructora La Aguada con EMOS”, dictado 27 de julio de 1993, Biblioteca de la Cámara Chilena de la Construcción. [www.cchc.cl](http://www.cchc.cl).

b.1) Precios unitarios propiamente tal; es un contrato determinado por unidades, en el cual el precio se fija y satisface por cada unidad de medida o pieza ejecutada o entregada de la obra total<sup>25</sup>.

b.2) Por precios unitarios con suma alzada de gastos generales y utilidades. Es un contrato a serie de precios unitarios, en el cual los precios unitarios no incluyen los gastos generales ni las utilidades del Contratista, por estar ellos contenidos por separado en una suma alzada fija, la cual se pagará al Contratista durante el desarrollo del contrato, sea en proporción al avance efectivo de las obras materiales, trabajos o servicios contratados, o en proporción al plazo transcurrido, o en otra forma, según el contrato o demás documento integrantes.

b.3) Por precios unitarios con suma alzada de utilidades. Es un contrato a serie de precios unitarios, en el cual los precios unitarios incluyen los gastos generales pero excluyen las utilidades del Contratista, por estar ellos contenidos por separado en una suma alzada fija, la cual se pagará al Contratista durante el desarrollo del contrato, sea en proporción al avance efectivo de las obras materiales, trabajos o servicios contratados, o en proporción al plazo transcurrido, o en otra forma, que establezca el contrato.

c) Por Administración delegada. Es el tipo de contrato que por excelencia identifica al arrendamiento de servicios para la ejecución de obras, se caracteriza por que el contratista solo aporta su trabajo y conocimientos del arte y no los materiales. Debiendo el contratista ejecutar la obra conforme la *lex artis*.

### 2.8.3. Según el método contractual utilizado para la construcción de la obra

El método contractual utilizado por las partes para la construcción de la obra, se refiere a la forma en que distintos medios se organizan para hacer posible la construcción, determinando a quien corresponde el desarrollo de la ingeniería

---

<sup>25</sup> FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, óp. Cit., pág. 248.

civil, ingeniería electromecánica, ingeniería de terminaciones y otras, que varían de acuerdo al objeto específico del contrato y los elementos que provea el mandante para la ejecución de la obra.

Es posible separar el método contractual en dos grandes grupos:

**DESIGN-BID-BUILD:** Este método separa las funciones de diseño y construcción, correspondiendo a sujetos distintos a la creación del diseño y la ejecución posterior, pudiendo expresarse en uno o más contratos y subcontratos.

**TURNKEY O LLAVE EN MANO:** Entrega totalmente el diseño y desarrollo o construcción del proyecto al constructor lo que se expresará mediante un solo contrato.

#### 2.8.3.1 Design-Bid-Build (DBB)

Corresponde a la regla general en materia de contratos de construcción, el dueño requiere de un contratista para el diseño de su proyecto que debe ser planteado de acuerdo a sus necesidades y requerimientos, y además de un constructor, que será encargado de llevar a cabo el proyecto. El contratista encargado del diseño deberá crear los planos necesarios para la realizar el trabajo de construcción, la determinación del ámbito o amplitud que corresponde al diseño dependerá de las reglas del país y, delimitación contractual dada por las partes. Luego el constructor se encarga de la ejecución del proyecto<sup>26</sup>.

Es posible que el mandante a través del método DBB contrate con distintos contratistas distintas etapas o paquetes de construcción, cuya ejecución podrá ser simultánea o no. La elección de múltiples contratistas está dirigida a aminorar los precios totales de la obra contratando cada etapa con aquel de menor precio.

---

<sup>26</sup> LOYOLA, Mauricio y GOLDSACK, Luis. Constructividad y Arquitectura, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, 2010, p 6.

Un punto desfavorable de este método contractual, lo explican los profesores Mauricio Loyola y Luis Goldsack señalando que *“Otra amenaza está dada por aquellos contratos que ejercen excesiva presión por lograr que los proyectos se completen en el menor tiempo posible. Aunque esto tiene razonables ventajas económicas, usualmente también implica que: (1) que los tiempos destinados al estudio y desarrollo del diseño se ven reducidos al mínimo posible; y (2) que las obras de construcción comienzan antes que el diseño esté completamente terminado. Respecto a lo primero, es evidente que un diseño sin el tiempo de estudio y desarrollo necesario tendrá deficiencias que afectarán la eficiencia y calidad de los procesos de construcción, respecto a lo segundo, cuando el proyecto comienza a construirse se aplica una restricción de cambios al diseño que es cada vez mayor a medida que la obra avanza, poniendo un obstáculo técnico y económico a las modificaciones de proyecto”*<sup>27</sup>

Si bien este es uno de los métodos más utilizados en el ámbito de la construcción, suelen tener demasiadas modificaciones durante la ejecución de la obra, lo que finalmente puede verse reflejado en una obra de menor calidad y una pérdida de eficiencia.

### 2.8.3.2 Design-build and turnkey o llave en mano.

En este método contractual el mandante asume como único rol el control y supervisión del trabajo ejecutado por el contratista, es decir la administración de contrato, disminuyendo casi totalmente la participación del mandante en el diseño y construcción de la obra. Como consecuencia de lo anterior todo defecto de construcción es responsabilidad del contratista y, deberá responder por él de acuerdo a las estipulaciones del contrato.

---

<sup>27</sup> LOYOLA, Mauricio y GOLDSACK, Luis. Constructividad y Arquitectura, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, 2010, p 7.

Un punto favorable de este método contractual es que el diseño y método de construcción son propuestos por el contratista, por lo tanto, son consistentes con su capacidad técnica y experiencia, resultando en una más eficiente aplicación del diseño a la ejecución efectiva de la obra.

Otra ventaja de este tipo de contratos se manifiesta en que la combinación de diseño y construcción en las manos de un solo constructor, disminuye de manera importante el tiempo total de ejecución de la obra<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> PRADO PUGA, Arturo “El contrato general de construcción, y en especial la modalidad *epc* y sus principales características”, Revista Chilena de Derecho, vol.41 no.2, agosto 2014, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200017>

## CAPITULO 2

### PRINCIPALES CAUSAS DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE GRANDES OBRAS Y LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS.

Toda actividad humana contiene riesgos e incertidumbres respecto de los resultados o situaciones futuras. El estudio de los posibles escenarios y resultados pretende disminuir la incertidumbre con respecto a ellos. El estudio de los proyectos a ejecutar disminuye la posibilidad de imprevistos causantes de controversias, pero el conocimiento total de los resultados del proyecto a construir es imposible, por lo que es entendible que la ejecución de un proyecto de construcción traiga aparejado situaciones imprevisibles, la que genera modificaciones en relación a lo negociado y junto con ello controversias.

La casi segura ocurrencia de controversias por motivos de imprevisibilidad del proyecto, otorga aún mayor importancia a los mecanismos que las partes estipulan para su solución.

Creemos procedente clasificar los tipos de controversias o riesgos según la causa origen de los mismos, en:

- 1.1 Vacío o ambigüedad contractual
- 1.2 Errores en la ejecución o desempeño.
- 1.3 Cambio de las condiciones del contrato

**1.1. Vacío o ambigüedad contractual:** Estos problemas afectan las pautas del trabajo y son causados por el fracaso en clarificar y comunicar la información o requisitos del trabajo e incluyen a la ambigüedad, errores u omisiones en los alcances del trabajo, diseño, planos y especificaciones. Los cuales inciden en:

- Proyectos incompletos al momento de hacer el estudio del presupuesto.
- Acceso retrasado al lugar de la obra.
- Retraso en la disponibilidad del diseño.
- Disponibilidad irregular del financiamiento

**1.2. Errores en la ejecución o desempeño:** Estos problemas son el resultado de una falta de información en el momento de la planificación, y pueden incluir discrepancias en las condiciones del escenario, tiempo, disponibilidad de materiales, acciones futuras de terceras personas, etc. Algunos ejemplos son:

- Disponibilidad insuficiente de recursos propios.
- Los rendimientos considerados en la estimación son inadecuados.

**1.3. Cambio de las condiciones del contrato:** Estos problemas se producen ya que existe la actuación ideal de ejecución de obras proyectadas en el contrato, pero que debido a errores de juicio o errado análisis de las situaciones fácticas de la ejecución, cambian. A modo de ejemplo podemos citar:

- Evolución de precios de insumos diferente a lo estimado.
- Suministros no disponibles al momento de no ser necesario.
- Tasas de interés diferentes a las esperadas.
- Los precios considerados varían según circunstancias nacionales o internacionales.

#### **Consecuencias de la ocurrencia de estos riesgos:**

Los efectos de la ocurrencia de estos problemas dependerán del marco contractual elegido por las partes, ya sea que hayan pactado un contrato a *suma alzada*, *suma alzada relativa*, *por administración* o *por contrato a costo reembolsable*. En el primero, el riesgo asumido por quien encarga la obra será mínimo. En el de suma alzada relativa o por precios unitarios el riesgo será compartido entre las partes. Y será máximo en un contrato por administración o por costo reembolsable.

Sin embargo, la eficacia del marco contractual elegido depende totalmente de la debida claridad, armonía e integralidad de la regulación acordada por las partes y el correcto cumplimiento de los elementos esenciales que caracterizan cada uno de estos contratos.

A pesar de que en un contrato de construcción se establezca que será a suma alzada, en que se supone el propietario o mandante asumirá un riesgo menor, si las estipulaciones acordadas en el contrato no detallan las especificaciones de la obra a ejecutar, alteran la naturaleza del contrato, transformándolo en un contrato ilimitado en cuanto a las exigencias de quien encarga la construcción, sería éste (el contrato) el que determina la calidad de los materiales el número de metros cuadrados, o tipo de terminaciones, esto demuestra que es de la esencia de un contrato de construcción a suma alzada la “*determinación precisa de la obra encomendada*”<sup>29</sup>.

Si el contrato en cuestión no expresa en detalle la obra a realizar, es imposible que tenga la naturaleza de un contrato a suma alzada y por lo tanto, pueden y se producirán obras extraordinarias que son, aquellas no contempladas en los planos y especificaciones cuya ejecución es requerida, indispensable y no previsible, por lo que el monto del contrato a suma alzada será modificado, a causa de una carencia de especificaciones y detalles necesarios.

En conclusión podemos señalar que son características de la esencia de un contrato a suma alzada:

- La determinación precisa de la obra encomendada.
- La determinación de un precio a suma alzada, sin posibilidad de revisión o modificación posterior.

Por lo tanto, un contrato que no cumpla las características aquí señaladas no posee la naturaleza de contrato a suma alzada y derivará en otro distinto. Recordemos que son elementos especiales o particulares de un contrato<sup>30</sup> aquellos sin los cuales el acto degenera en otro diferente.

---

<sup>29</sup> Sentencia dictada con fecha 14 de agosto de 2000 por el Arbitro arbitrador don MIGUEL OTERO LATHROP, en causa rol 178-99 caratulada “C.A.M.B. con CONSTR. M.J. CHILE S.A.” obtenida de SENTENCIAS ARBITRALES tomo II 1999-2000, Centro De Arbitraje Y Mediación Cámara De Comercio De Santiago, pág. 268. Cámara de Comercio de Santiago, 2004, Chile.

<sup>30</sup> Artículo 1444 del Código civil: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

## **2. Solución de controversias.**

### 2.1 Reclamos o CLAIMS en los contratos de construcción<sup>31</sup>.

Una de las características de los contratos de construcción, es la imposibilidad de las partes para definir cada una de las obligaciones que corresponderá cumplir a cada una de ellas, ya que es un contrato extremadamente complejo.

El escenario típico sucede cuando el mandante encarga al contratista una obra presentándole un proyecto que, corresponde a una anticipación teórica de las obras a realizar asumiendo el contratista la obligación de ejecutarlo por un precio determinado. La obra será ejecutada bajo circunstancias futuras e inciertas ya que existirán elementos que determinarán la construcción y que son desconocidas para las partes. Estas contingencias futuras deben ser aseguradas por el contratista mediante la creación de un fondo de riesgos pero, aún la existencia de este fondo no asegura la cobertura de todas las posibles incidencias del contrato. Estos elementos extrínsecos que pueden influir en la ejecución de la obra requerirán de las partes, nuevos acuerdos o negociaciones con miras a cumplir con la ejecución de una obra completamente funcional.

Los reclamos o también denominados CLAIMS corresponden a procedimiento de negociación regulados por las partes, cuya consecuencia final puede significar incluso la reconsideración de las cláusulas y reglas del contrato, en virtud de nuevos antecedentes, variaciones, condiciones imprevistas, errores en la documentación o informes técnicos del contrato, desconocidos al momento de contraer las partes sus obligaciones, que afectan la ejecución del proyecto como estaba planeado originalmente, ocasionando a una de las partes un aumento o disminución de sus costos directos y plazos de ejecución, expresándose en una alteración de sus gastos generales, costos y utilidad consagrados en el contrato.

---

<sup>31</sup> LECK, GORDON E., "Reclamos y Resolución de Disputas en contratos de Ingeniería y Construcción", Diario Estrategia, Exposición en Seminario Internacional efectuada el 2 y 3 de octubre de 1995, Santiago de Chile.

La naturaleza jurídica de un CLAIMS es la de una negociación regulada mediante la cual las partes de un contrato de construcción, intentan resolver las controversias surgidas durante la ejecución del contrato.

Normalmente son las partes que expresan en el contrato u otros documentos las reglas que regirán esta negociación, que normalmente se expresa mediante los siguientes procesos.

2.1.1. Preparación del CLAIMS

2.1.2. Presentación del CLAIMS

2.1.3. Presentación de defensa

2.1.4. Acuerdo del programa de reuniones y puntos a tratar

2.1.5. Conclusión del CLAIMS

#### 2.1.1. Preparación del CLAIMS

Como señalamos, durante la ejecución de la obra una de las partes observa que se producen nuevas circunstancias que se expresan en; variaciones, cambio de las condiciones del contrato por situaciones imprevistas, o errores en la documentación o informes técnicos del contrato, que ocasionan perjuicio, aumentando o disminuyendo, costos, gastos generales y utilidades aseguradas en el contrato.

Estos hechos normalmente deben ser notificados al contratista mediante procedimientos que las partes expresan en el propio contrato, que puede consistir en una carta al representante de la contrapartes en la obra, anotación en el libro de obra u otros medios acordados como email, carta certificada u otros que dejen testimonio de su envío, el reclamante de un CLAIMS que no cumple tal responsabilidad posee desde ya, un argumento en contra para la aceptación de sus reclamos ya que actuó fuera de forma.

Dentro de esta etapa debe recopilar información necesaria para la formulación de argumentos que permitan elaborar:

- Una petición concreta que señale un monto razonable del perjuicio causado por el cambio de condiciones, o el precio que significa la variación experimentada.
- Probar la ocurrencia de la variación o cambio de condiciones, si es necesario puede ser mediante la declaración por escrito del testigo del hecho u orden del representante que desencadeno el cambio. No es prudente que la declaración sea en vivo, ya que podría aparentar un proceso acusatorio y lo que se pretende en este sistema es negociar amistosamente.
- Expresar la necesidad del cambio o variación para la ejecución correcta y funcional de las obras.
- Apoyarse, si lo considera necesario, en asesores externos que faciliten la elaboración de argumentos.
- Fundar sus peticiones en cláusulas contractuales, citándolas expresamente, las que darán fortaleza a su posición.
- Cuando sea posible, apoyarse en bases legales alternativas y pertinentes para establecer su derecho al reclamo. Es aconsejable que estas bases legales sean redactadas por un abogado.
- Establecer claramente la relación causa-efecto existente entre el imprevisto o modificación y, los costos incurridos por el reclamante como resultado tal variación. Es muy importante apoyarse en material visual como cuadros de estadísticas que demuestren la variación y sus consecuencias.
- Determinar claramente los hechos pertinentes que sirven de sustento al CLAIMS.
- Establecer una pretensión pecuniaria del monto que se pretende se repare al reclamante. Esto puede ser a través de la expresión de los mismos precios señalados en el índice de tarifas del contrato, y si no existen será necesario probar la razonabilidad del nuevo precio sugerido.

Finalmente el CLAIMS debe ser claro y preciso, alejado de valoración subjetiva del aumento de costos sufrido, sólo es procedente la declaración simple de los argumentos y costos atingentes.

Debe presentarse a través de un resumen que describa en forma breve pero precisa, el motivo de la presentación, su naturaleza y monto.

#### 2.1.2. Presentación del CLAIMS

La mejor manera de presentar un CLAIMS es mediante la concertación de una reunión con el reclamado, en el cual mediante un resumen oral se explique y aborde correctamente las razones y argumentos del reclamo.

En esta reunión deben asistir ambas partes, reclamante y reclamado, representados por personas de jerarquía superior que aquellos que inicialmente intervinieron en las negociaciones. Lo anterior corresponde a la regla general y de usual estipulación y sin perjuicio de los las reglas y procedimiento establecidos en cada contrato.

#### 2.1.3. Presentación de defensa

En cuanto a los tipos de defensa en el CLAIMS ellos varían según la estrategia, hay quienes prefieren no contestar el reclamo y simplemente se atienen a rechazarlo en todas sus partes creyendo que el señalamiento de argumentos puede enriquecer posteriormente el CLAIM<sup>32</sup>. A pesar que contractualmente el reclamado no se encuentra obligado a presentar una defensa, es muy importante su interpretación de lo ocurrido ya que determinará los hechos pertinentes y controvertidos por las partes, que delimitan lo discutido en el proceso de negociación.

#### 2.1.4. Acuerdo del programa de reuniones y puntos a tratar

Las partes en esta etapa deben establecer un curso de reuniones y en cada una deberá desarrollarse uno o más hechos pertinentes.

---

<sup>32</sup> LECK, GORDON E., "Reclamos y Resolución de Disputas en contratos de Ingeniería y Construcción", Diario Estrategia, Exposición en Seminario Internacional efectuada el 2 y 3 de octubre de 1995, Santiago de Chile. Página A-59.

Una de las causas más comunes de CLAIMS es el cambio de las condiciones iniciales del contrato, que consiste en que las verdaderas condiciones bajo las cuales se han efectuado las obras son diferentes a aquellas expresamente representadas en los documentos contractuales, o diferentes de aquellas condiciones que el contratista podría haber razonablemente esperado o anticipado a partir de la información puesta a su disposición.

Puede suceder que el contrato no señale condiciones existentes durante la ejecución de la obra o, sólo señale algunas, pero si estas eran posibles de prever por el contratista no puede prosperar como un cambio de condiciones originarias de un CLAIMS. Un ejemplo de ello sería que el contratista no haya previsto la llegada del invierno como estación en que se ejecutarán las obras.

Las reuniones deberán constar en actas en la cual constarán los acuerdos adquiridos por las partes.

#### 2.1.5. Conclusión del CLAIMS

El reclamo puede tener como resultado un acuerdo que solucione totalmente el conflicto, que se expresa en un acta la cual permitirá que sea adecuadamente documentado debiendo comparecer las partes, o sus representantes debidamente autorizados para tomar acuerdos.

Existen numerosos riesgos involucrados en cualquier forma de resolución de disputas, ningún sistema es perfecto y puede suceder que se alcance un resultado inequitativo, pero que técnicamente sea correcto en sentido legal y conforme al proceso. Tenemos que entender que muchas veces existe un elemento económico que acompaña al reclamo, que se expresa en señalar que si el costo de obtención de lo reclamado iguala al valor de lo obtenido, es preferible no desgastar las relaciones con el reclamado, o esperar hasta sumar hechos reclamados mediante reserva expresa antes de un cierre parcial de contrato.

#### 2.2. Métodos alternativos de resolución de controversias

La Resolución Alternativa de Controversias (RAC) es entendida como una forma de resolver conflictos al margen de los medios convencionales. Según palabras del profesor Cristián Maturana Miquel “La esencia de las RAC, particularmente la mediación y la conciliación, es el compromiso y el encuentro de las partes, en el que, sin decir a quien le asiste la razón legal, se comprometen con su solución y, consiguientemente, con su durabilidad. Las RAC tienen un componente educativo que ayuda a manejar las controversias y, por lo tanto a resolver futuras disputas de modo más efectivo”<sup>33</sup>.

Conocen de los medios convencionales para la resolución de controversias; la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Letras y los Juzgados de Garantía, los Juzgados de Letras del Trabajo y los Tribunales Militares en tiempo de paz, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los Tribunales Tributarios y Aduaneros, La Contraloría General de la República actuando como Tribunal de Cuentas y otros.

El elemento realmente diferenciador entre los medios convencionales y los alternativos de resolución de conflictos, es el carácter ordinario y permanente de su funcionamiento, elementos que lo distinguen de los Jueces arbitrales, uno de los RAC más utilizados.

El mundo económico actual requiere que los medios para la resolución de sus controversias sean rápidos, sobre todo en el ámbito comercial, debiendo poseer además especialidad en el conocimiento, efectividad y bajos costos.

**Especialidad;** Debido a la complejidad de los negocios ejecutados es imposible tratar de resolver un conflicto entre las partes de un contrato de construcción, sin comprender previamente conceptos como; costos directos, gastos generales y utilidades, además de entender cómo se alteran estos valores económicos que

---

<sup>33</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián. (2006), *Derecho procesal orgánico, parte general*, apuntes de clases Universidad de Chile, febrero, Chile.

están relacionados con un proceso de producción, por la modificación de cantidad y plazo de obras y cómo calcular su influencia en el precio total de la obra.

**Efectividad;** El medio elegido para resolver las controversias existentes debe producir realmente el efecto querido, cual es el de poner fin a la controversia con carácter definitivo y permanente. Los conflictos necesitan ser resueltos en plazo y forma, si la búsqueda de la solución se perpetua en el tiempo mediante un proceso inacabable de escritos legales y recursos, pierde la efectividad requerida evidenciándose en la disconformidad manifestada por los usuarios con el grado de eficiencia presentada en la justicia ordinaria, debido a la congestión por exceso de juicios y limitados recursos para su resolución.

**Bajos costos;** debe ser la herramienta capaz de resolver el asunto o controversia a un costo razonable y justo, en relación a la relevancia o valor de lo discutido. Muchas veces en contratos como el de construcción de grandes obras, el plazo o la incertidumbre acarrea grandes pérdidas a ambas partes que se agravan con el transcurso del tiempo, incluso produciendo el efecto de imposibilitar la continuación de los trabajos, limitando las posibles soluciones solamente a indemnizaciones procedentes y al término del contrato, ya que el lapso de tiempo transcurrido importó tal magnitud de daño que hace inviable la continuación del contrato.

Uno de los elementos que mayormente ha favorecido a la instauración de la RAC ha sido el comercio internacional, la celebración de negocios y acuerdos internacionales han establecido como pre-requisito para su firma y aprobación, la puesta en marcha de instituciones encargadas para la resolución de controversias internacionales, nutriendo de experiencia y nuevas herramientas a esta área del derecho.

Además, es preciso señalar que el desconocimiento del extranjero respecto del ordenamiento nacional hace muy necesaria la estipulación de cláusulas RAC, evitando que la resolución de sus controversias se produzca mediante Tribunales y ordenamientos que les son totalmente desconocidos.

Otro factor importante es que los procesos de resolución de conflictos convencionales tienden a debilitar la relación entre los actores, y en el caso del contrato de construcción de grandes obras, la generación de un conflicto o controversia durante su ejecución hará muy difícil la continuación normal de la ejecución del contrato, afectando a su vez el ánimo predispuesto para las negociaciones futuras entre las partes.

Mencionemos algunos de los tipos de mecanismos alternativos de resolución de conflictos:

2.2.1. Negociación

2.2.2. Mediación

2.2.3. Arbitraje

### 2.2.1. Negociación

La negociación entendida como método alternativo para la solución de controversias, conjuntamente con el arbitraje es uno de los más utilizados.

Puede ser definida como, “El proceso por el que las partes interesadas resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscan ventajas individuales o colectivas o procuran obtener resultados que sirvan a sus intereses mutuos”<sup>34</sup>.

Se caracteriza y diferencia de las demás formas alternativas de resolución de conflictos porque carece de la intervención de un tercero y, son las propias partes o sus representantes expertos en negociación quienes se encargan de acercar posturas en busca de obtener una solución a las controversias.

El mecanismo de negociación propone la resolución amistosa de las controversias, mediante la proposición de acuerdos beneficiosos para todas las partes en conflicto.

Los contratos de construcción de grandes obras generalmente establecen dentro de sus estipulaciones los medios de comunicación válidos entre las partes,

---

<sup>34</sup> Definición obtenida de <http://www.apuntesgestion.com/b/negociar/>.

señalando que sólo la comunicación efectuada mediante esos canales y por las personas autorizadas produce efectos entre ellos.

Atendido que, en este tipo de contratos de ejecución diferida las negociaciones establecen precedentes que afectarán las negociaciones futuras, es muy importante que el negociador se encuentre capacitado y preparado adecuadamente para negociar. Sin embargo, a pesar de la importancia y el efecto limitante que estas negociaciones pudieren tener a futuro, la generalidad de las empresas contratistas no tienen personal calificado y capacitado para negociar, lo que se explica por alguna de las siguientes razones:

- No ven un valor importante en la preparación para negociar, la subestiman.
- Están demasiado ocupados en la ejecución del proyecto para invertir tiempo en la preparación.
- Asumen que no es necesaria la preparación, señalan conocer suficientemente el tema técnico que trata la negociación como para improvisar.

Para todo contrato de ejecución diferida la negociación es una parte muy importante de su perfeccionamiento, mientras transcurre la ejecución del contrato las partes se ven enfrentadas a distintos problemas que durante el diseño del proyecto que no fueron previstos, la solución dada por las partes a estos problemas establece un precedente en sus negociaciones limitando las posibilidades de reclamación futura.

### 2.2.2. Mediación

A pesar de que la mediación es un medio alternativo de resolución de conflictos muy relevante en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra regulada orgánicamente, sin embargo, la Ley 19.996, en su artículo 42 inciso final, se encarga de hacerlo, señalando que la mediación es “Un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”

La mediación se caracteriza por:

- Tratar de alcanzar un acuerdo de las partes con miras a la resolución de la controversia, a través de aclarar sus posturas persuadiendo a cada una de ellas a comprender la posición ajena.
- Toma un rol activo en la formulación del acuerdo.
- No posee un proceso estructurado ni formal.
- El mediador carece de la facultad de imponer a las partes acuerdos.
- Trata de descubrir la postura final de cada parte, logrando en equilibrio el mejor acuerdo para ambas.
- Estas características es posible resumirlas en 4 puntos identificados en el libro “El proceso de mediación”<sup>35</sup>, los que son:
  - I. Separa a las personas del problema. El objetivo de la mediación es atacar al conflicto con la finalidad de procurar una solución, lo que puede ser posible mediante la acción de ambas partes.
  - II. Concentrarse en los intereses no en las posiciones. El problema básico en una negociación no es el conflicto de posiciones, sino el conflicto entre intereses, ya sean estos como definen los autores ya citados; intereses fundamentales (se refieren a necesidades de un sujeto como objeto tangible, dinero, tiempo, etc.), intereses de procedimientos (referidos a la dinámica de acuerdos, plazos equipos integrantes etc.) e Intereses psicológicos (las necesidades emocionales y de relación que las partes experimentan durante las negociaciones y como resultado de ellas)
  - III. Generar opciones de mutuo beneficio.
  - IV. Insistir en que los criterios sean objetivos. No es posible sostener los criterios de todos, debido a que existen intereses contrapuestos y deben ceder negociando sobre una base, que

---

<sup>35</sup> ALLIENDE LUCO, Leonor; BURGOS PIZARRO, Jorge; CORREA CAMUS, Paula y PEREZ CASTILLO, Sandra: EL PROCESO DE MEDIACIÓN, página 26, Editorial Jurídica de Chile, año 2002.

sea independiente de la voluntad de las partes, sobre criterios objetivos.

En el contrato de construcción no es usual que las partes designen un mediador en caso de ocurrir conflictos durante la ejecución del contrato, la figura más parecida a un proceso de mediación es el funcionamiento del Dispute Review Boards, método que estudiaremos más adelante.

### 2.2.3. Arbitraje

Según el art. 222 del Código Orgánico de Tribunales “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto judicial”

Se diferencia de la mediación en que el arbitraje necesita la intervención de un tercero imparcial, que posee autoridad suficiente otorgada por las partes o la ley, para a través de un proceso acorde a principios lógicos resolver el asunto controvertido. El elemento diferenciador es la fuerza coercitiva del laudo arbitral que obliga a las partes a acatar su resolución.

Las normas que actualmente rigen el arbitraje en Chile se encuentran recogidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales.

Se caracteriza por:

- Desempeñar una función pública, pero su nombramiento es privado a pesar que en determinados casos es efectuado por orden de un juez.
- Se trata de tribunales extraordinarios cuya jurisdicción por regla general es facultativa para las partes.
- Impone decisiones y no intenta persuadir a las partes fallando conforme a derecho o a las reglas de la lógica y sana crítica.
- Árbitro posee un rol pasivo en la controversia, a diferencia del mediador y el negociador que intentan persuadir a las partes para llegar a un acuerdo.

- Posee una estructura formal, que es establecida por la ley o las partes y cuyo incumplimiento permite ser saneado mediante interposición de recursos.
- Generalmente es de conocimiento privado, pero las partes pueden estipular lo contrario.

### 2.3.1. Clasificación de los árbitros

Atendiendo a la amplitud de sus facultades los compromisos se clasifican en; árbitros de derecho, árbitros arbitradores y árbitros mixtos. Al efecto, el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales señala que *“El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida”*. Luego, este mismo artículo señala que *“El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en sus fallos otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”*.

Árbitros de derecho, recibe este nombre porque es elegido con la obligación de someter su función jurisdiccional, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. En cuanto al fondo de la acción deducida están obligando a resolver conforme a derecho, según lo dispuesto en la ley sustantiva, declarando y actuando la voluntad de la ley<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> CHIOVENDA Giuseppe. Apuntes de clases de la cátedra de derecho civil del Profesor Rodrigo Barcia Lehman.

En cuanto al procedimiento también están obligados a la observancia rigurosa de las formalidades, plazos y demás normas procesales para la substanciación de los juicios ante los tribunales comunes, según la naturaleza de la acción deducida. Es decir, no están obligados siempre a aplicar las reglas propias del juicio ordinario, sino que deberán emplear en cada caso el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la materia que se promueve, si la naturaleza de la materia debe ser tramitada conforme a una tramitación rápida para asegurar la eficacia de sus resoluciones serán las normas del juicio sumario las que regirán su substanciación, y si posee normas especiales señaladas por la ley conforme a ellas deberá substanciarse el procedimiento.

Árbitros arbitradores, son aquellos jueces de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento de las controversias deberá sujetarse únicamente a lo que su prudencia y equidad les dictan.<sup>37</sup> Poseen las facultades para juzgar sin tener que obedecer el procedimiento establecido por la ley para esa materia y ser constreñidos aplicar las reglas de derecho aplicables al fondo del litigio.

El amigable componedor debe resolver la controversia según su leal saber y entender, conforme a sus conocimientos y buena fe, declarando y actuando la voluntad de la justicia natural, conforme a las reglas de su propia conciencia. Por ejemplo está facultado para admitir o desechar una prescripción alegada a pensar de cumplir las formalidades legales y, entender que ha existido dominio a pesar de no existir prescripción adquisitiva.

A pesar de no someterse a las normas sustantivas ni adjetivas y, de regirse únicamente conforme a las reglas de su propio juicio y sabiduría, el arbitrador no es un conciliador o mediador contrario a lo expresado en su nombre “amigable

---

<sup>37</sup> Art. 223 del Código Orgánico de Tribunales. Inciso tercero “El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

componedor” su labor no es la de mediar entre las partes sino que juzgarlos, resolviendo la controversia con decisión obligatoria para los litigantes.

Árbitros mixtos, son los jueces de jurisdicción voluntaria a quienes se concede la facultad de arbitradores en cuanto al procedimiento, limitándose al pronunciamiento de la sentencia la aplicación estricta de la ley. Tramitan conforme a las reglas que las partes establecen, o en subsidio de éstas las normas prescritas por la ley para los arbitradores, pero deciden y fallan la controversia conforme a derecho, observando los preceptos legales del mismo modo que los jueces ordinarios y los árbitros de derecho, debiendo apreciar la prueba conforme a derecho.

Según si el juez arbitral se trata de una persona natural nombrada por las partes o si se trata de una entidad colectiva o persona jurídica que actúa como tribunal arbitral.

El artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales<sup>38</sup>, establece los requisitos para ser árbitro, y se refiere únicamente a las personas naturales, asimismo la doctrina nacional<sup>39</sup> ha entendido correctamente que de las disposiciones que nos rigen en esta materia resulta imposible que las personas jurídicas puedan ser nombradas compromisarias en nuestro ordenamiento. Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos tradicionalmente se ha entendido la capacidad de ciertas instituciones cuyo prestigio e integridad institucional destacan de ser nombradas Compromisarios.

---

<sup>38</sup> “Art. 225. Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. Los abogados habilitados para ejercer la profesión pueden ser árbitros aunque sean menores de edad.

El nombramiento de árbitros de derecho sólo puede recaer en un abogado. En cuanto al nombramiento de partidario, se estará a lo dispuesto en los artículos 1323, 1324 y 1325 del Código Civil.”

<sup>39</sup> AYLWIN AZOCAR, Patricio, “El Juicio Arbitral”, Editorial Jurídica de Chile, 2005, página 159.

- ✓ **Juez arbitral ad hoc:** Aquella persona natural nombrada por las partes que se constituye como juez arbitral dentro de los límites de las materias señaladas por los litigantes en el momento de su constitución.
  
- ✓ **Entidad colectiva actuando como tribunal arbitral:** Persona jurídica o entidad colectiva a la cual las partes otorgan la facultad de conocer y resolver los conflictos que sometan a su conocimiento con fuerza obligatoria. Una característica de este tipo de arbitraje es que el procedimiento que rige el juicio arbitral, se encuentra establecido en estatutos de la propia institución al cual las partes adhieren y no son ellas las que lo estipulan.

La naturaleza o tipo del arbitraje adquiere mucha importancia en el momento de elegir una estrategia o argumentos para obtener un fallo favorable, como quedará en evidencia cuando analicemos la jurisprudencia arbitral del siguiente capítulo. Por ejemplo, la posibilidad de acogida de la teoría de imprevisión como argumento ante un árbitro mixto o derecho, es muy menor comparado con la posibilidad de que este mismo argumento sea acogido ante un árbitro arbitrador los cuales han reconocido la posibilidad de revisión de los contratos por imprevisión.

### **3. DISPUTE REVIEW BOARDS (DRB)**

Es un método temprano de resolución de controversias y se define como “Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (ii) una decisión

que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta.”<sup>40</sup>

Este procedimiento se rige completamente mediante normas dictadas por las partes, rigiendo completamente el principio de autonomía de la voluntad, teniendo tan solo como límite las normas de orden público, la moral y las buenas costumbres del país.

Como señalamos en el concepto, el DRB tiene un doble objetivo:

- a.- Prevenir futuras controversias de las partes mediante el control y visitas periódicas al lugar de ejecución del proyecto, familiarizándose con las partes y el proyecto mismo.
- b.- Resolver las controversias que se presenten entre las partes durante la ejecución del contrato.

El DRB debe ser acordado en el contrato en el periodo previo a la construcción, y su funcionamiento se realiza a través de visitas periódicas a la obra, de la cual se obtienen recomendaciones que se sugieren a las partes en vista a evitar posible y futuros conflictos. Si ocurren conflictos entre las partes ellos deben ser resueltos mediante el panel mediante recomendaciones no obligatorias.

En cuanto a la designación, dos de los miembros son nombrados por cada una de las partes, los que no deben tener vinculación alguna con ellas, velando por la imparcialidad, y el tercero es nombrado por acuerdo mutuo de los dos miembros anteriormente elegidos, el que actuará como Presidente del panel.

→Características principales de los DRB

Debe ser establecido durante el periodo anterior al inicio de los trabajos de ejecución de la obra. Su eficacia disminuye si es acordada una vez ya iniciada la

---

<sup>40</sup> GARCIA HERNÁNDEZ, Roberto, “Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos” 2014, obtenido de <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>

ejecución ya que, los miembros del panel deben acelerar su conocimiento de las obras para resolver conflictos que podían haber prevenido con anticipación.

- 1) El objetivo de prevenir futuras controversias hace necesario el acceso de los miembros del panel a las obras, con visitas e informes de avance de ejecución.
- 2) El panel sólo poseerá las facultades que las partes le otorguen expresamente.
- 3) La naturaleza de los miembros es de consultores especializados que solo realizan recomendaciones.
- 4) Generalmente se estipulan reuniones periódicas durante la ejecución de la obra.
- 5) Otorga soluciones en problemas de alta complejidad técnica, sin necesidad de recurrir a terceros como peritos.
- 6) Su ejecución es rápida y puede estipularse para múltiples partes de un contrato, contratista, subcontratista, y sub-subcontratista.
- 7) A diferencia de otros mecanismos para la resolución alternativa de conflictos, el DRB permite durante su funcionamiento que continúe la ejecución de la obra, ahorrando a las partes tiempo y dinero.
- 8) El DRB se caracteriza por la informalidad y flexibilidad del procedimiento. Posee recomendaciones y discusiones informales sin procedimientos legales a que las partes deban someterse.
- 9) Una de las desventajas de este sistema es que sólo es conveniente cuando se trata de obras de gran envergadura, es así que su utilización en pequeñas obras hace muy inviable por la excesiva onerosidad. Otra desventaja es el desconocimiento del sistema que impide que las partes lo establezcan en sus contratos desde el inicio del contrato.

El Dispute Review Boards (DRB) o panel de resolución de controversias ha sido utilizado desde la década de 1980, y las estadísticas de la Dispute Resolution Board Foundation, señalan que en un periodo de 20 años, el 98% de los contratos con DRB, terminan sin llegar a un arbitraje o juicio<sup>41</sup>.

En nuestro país ha tenido muy poca utilización a pesar de que se ha demostrado estadísticamente su eficacia, bajos costos y rapidez.

A nivel mundial existen más de 2.700 proyectos que han utilizado Dispute Boards, por un valor de US\$225 mil millones. De los proyectos que han utilizado Dispute Boards, el 92% no ha seguido en arbitraje u otro litigio, es decir, sólo un 8% de los contratos ha presentado disputas y de ellas sólo un 3% se han transformado en arbitrajes u otros litigios<sup>42</sup>

Actualmente la evolución del DRB ha tomado diferentes caminos, algunos han propuesto mantener sus características originales de ser un mecanismo de resolución de controversias especialmente técnico, carente de formalidades y a su vez muy rápido. En cambio otros, han propuesto la formalización de su procedimiento modificando con etapas obligatoria y rígidas e incluso otorgándole características vinculantes a sus recomendaciones.

### 3.1. Comentarios sobre el método DRB

El DRB posee como principal desventaja para su aplicación en Chile la informalidad y flexibilidad del proceso que, si bien otorga rapidez, también provoca inconvenientes para su posible valor como medio de prueba válido ante un tribunal arbitral o tribunal ordinario, sobre todo en un medio jurídico excepcionalmente normativista como el chileno. Uno de los argumentos que se han esgrimido en contra de la validez probatorio de las conclusiones del DRB es

---

<sup>41</sup> <http://www.construccionminera.cl/las-razones-del-aparente-fracaso-de-los-dispute-boards/>

<sup>42</sup> <http://www.dconstruccion.cl/?p=8532>

que no respeta los principios del debido proceso, derecho a ser oído e igualdad de partes.

La aplicación en Chile del DRB ha sido bastante lenta y no ha tenido la acogida como en otros ordenamientos jurídicos, en nuestra opinión, creemos que se debe a que nuestro país es en demasía legalista, preferimos alternativas comprobadas y establecidas, no nos adaptamos a los cambios, y en este sentido al ser los DRB un sistema innovador y aunque reglamentado brevemente por el Centro de Arbitraje y Mediación en el año 2015<sup>43</sup>, no se opta por él, si no que más bien se opta por lo tradicional, como sería el arbitraje.

Igualmente, al ser un procedimiento informal el DRB carece de medios para impugnar pruebas, objetar documentos y tampoco poseería fuerza coactiva para compeler a un testimonio bajo juramento.

Creemos que sería interesante que los contratos de grandes mandantes como CODELCO Chile, puedan utilizar este tipo de mecanismo que se observan tan auspiciosos y que se encuentran ya probados en otros estados, siempre mediante un estatuto pre-acordado por las partes que garantice derecho a defensa, ser oído y por supuesto derecho a un debido proceso.

El DRB permite una mayor existencia de instancias de posibles acuerdos en que los miembros de panel actúan como consultores del proyecto, mediadores y/o órgano vinculante, dependiendo de las facultades que las partes les otorgan al contrato.

En sus primeras etapas el DRB posee como característica principal la flexibilidad en su funcionamiento, los miembros del panel actuando como consultores y frente a las dudas surgidas durante la ejecución de las obras, manifiestan su opinión profesional y fundada para la mejor ejecución del proyecto, la cual debe encontrarse dirigida a evitar futuras disputas.

Si estas disputas ha sido inevitables pese al actuar previo de los miembros del panel, actuarán como mediadores, terceros cuya función es la de acercar

---

<sup>43</sup> [http://www.camsantiago.cl/Dispute\\_Board-reglamento.html](http://www.camsantiago.cl/Dispute_Board-reglamento.html)

posturas de las partes en el intento de alcanzar un acuerdo para la resolución de las controversias.

Si estas controversias persisten y en la eventualidad que las partes hayan facultado al panel como tribunal arbitral, se constituirá como órgano de decisión vinculante con facultades arbitrales. En este sentido, el conocimiento previo de la obra y su participación en ella permite a los miembros del panel obtener una decisión mucho más rápida y eficiente, que la de tribunal que deberá constituirse para recién emprender el conocimiento del contrato y, que carece del conocimiento técnico y práctico adquirido por los miembros del panel en sus funciones previas como consultores y mediadores.

Resulta evidente que en este tipo de contratos una resolución rápida y técnica de las controversias, permite evitar costos altísimos por la suspensión de los trabajos mientras dura la controversia.

Como se observa, la intervención de los miembros del panel DRB como consultores, mediadores y órgano de resolución de controversias con decisión vinculante, implica una función del DRB de prevención de posibles controversias durante toda la ejecución de las obras, como consultores otorgando opiniones fundadas y previniendo con ellas futuros conflictos, en la mediación cuando éstas ya se han presentado acercando las posiciones de las partes y, finalmente resolviendo los conflictos con un acabado conocimiento previo del contrato y de la praxis durante la ejecución.

Esto no significa que las decisiones del panel DRB no puedan ser revisadas posteriormente, mediante el ejercicio de recursos que consagren las partes o la ley, pero sería fundamental para la funcionalidad y rapidez del sistema que estas decisiones del panel causen ejecutoria, siendo ejecutables desde que sean dictadas.

### **CAPITULO 3**

## **JURISPRUDENCIA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE GRANDES OBRAS**

El análisis que efectuaremos de la jurisprudencia arbitral recopilada en materia de contratos de construcción de grandes obras, posee un doble objetivo:

1º Tratar de establecer criterios comunes en la jurisprudencia.

2º Analizar para establecer los principales problemas o desventajas, que se manifiestan en la utilización del arbitraje como medio alternativo para la resolución de controversias.

La jurisprudencia a analizar será aquella de acceso público, obtenida de registros de instituciones como el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago y la Cámara Chilena de la Construcción.

Se ha ampliado el análisis de jurisprudencia arbitral a dos sentencias de tribunales ordinarios, que se refieren a contratos de construcción y resuelven controversias en la estipulación de cláusulas arbitrales, ha sido necesario incluirlos, ya que profundizan en la aplicación y consecuencias de la cláusula compromisoria en el contrato de construcción de grandes obras.

La primera fuente de jurisprudencia corresponde a las sentencias arbitrales del CAMS, entre los años 1980 a 2011 obtenido de las siguientes publicaciones:

- Sentencias Arbitrales tomos I, II y III años 1994 a 2003.
- Compendio sistematizado de sentencias arbitrales publicado en enero de 2004 por la CAMS de la Cámara de Comercio de Santiago y otros laudos arbitrales publicados hasta el año 2011.
- El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena. Compendio sistematizado de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia entre los años 1980 hasta el 2002. Publicado en 2003 por el CAMS de la Cámara de Comercio de Santiago.

- Centro de documentación de la Cámara Chilena de la Construcción (CCHC), que ha recopilado información proveniente de laudos arbitrales del CAMS y sentencias de Tribunales ordinarios en materia de construcción, mediante el sistema de jurisprudencia en línea Lexisnexis.cl.

El criterio empleado para analizar la jurisprudencia será de acuerdo a la clasificación expuesta en el capítulo II de este trabajo, titulado “Principales causas de controversias en los contratos de construcción de grandes obras y la solución de sus controversias.” En él, se clasifican los problemas que ocurren durante la ejecución de un contrato de construcción, en tres clases según su origen:

1. Vacío o ambigüedad contractual.
2. Errores en la ejecución o desempeño del contrato.
3. Cambio de las condiciones del contrato.

### **1. VACIO O AMBIGÜEDAD CONTRACTUAL.**

Como ya señalamos en el número 3.1, este tipo de problemas son causados por el fracaso en clarificar, comunicar la información o requisitos del trabajo y llevan a la ambigüedad, errores u omisiones en los alcances del trabajo, diseño, planos y especificaciones.

En los fallos analizados a continuación se observa que la inadecuada redacción del contrato de construcción, impide la rápida solución de los conflictos ocurridos durante la vigencia del contrato. Asimismo, la inexacta e incompleta redacción de todos los escenarios posibles frente a derechos emanados del contrato, ha implicado la preclusión de su ejercicio.

Otra dificultad que se ha demostrado en la redacción del contrato, es la falta de conocimiento de las partes de los elementos esenciales que identifican al contrato

de construcción a suma alzada, el que al carecer de ellos degenera en otro distinto.

### **1.1. Problemas en la cláusula de jurisdicción arbitral.**

Del análisis efectuado de la jurisprudencia recopilada se observa que una de las mayores causas de controversias en los contratos de construcción de grandes obras, es la errónea redacción de cláusulas contractuales especialmente de aquella que da origen a la jurisdicción voluntaria, la cláusula compromisoria. Ejemplo de ello, lo encontramos en la sentencia dictada por nuestra Corte Suprema, que falla con fecha 3 de enero de 1995 un recurso de queja interpuesto por Constructora Ventisquero LTDA.

En él, se discute el verdadero alcance de la cláusula arbitral contenida en el contrato de construcción celebrado entre Constructora Ventisquero LTDA. Y Eduardo Hernández Valderrama, suscrito con fecha 7 de septiembre de 1992. Señala la Corte que se ha establecido en una de las cláusulas del contrato que *“Cualquier dificultad o conflicto que se produzca a causa o como consecuencia del presente contrato, a su aplicación interpretación, cumplimiento o incumplimiento, será resuelta cada vez por un árbitro arbitrador designado de común acuerdo entre las partes y sin ulterior recurso, sólo el de queja ante la Corte Suprema.”*

Para entender correctamente este problema debemos distinguir entre cláusula compromisoria y un simple compromiso arbitral. Entendemos por este último aquella convención por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, del conocimiento de jurisdicciones ordinarias y lo someten al fallo de ciertos árbitros que designan.

Por su parte, la cláusula compromisoria es una convención por la cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y los someten a la jurisdicción arbitral.

La principal diferencia entre ambos conceptos, radica en que el compromiso arbitral somete a las partes a árbitros específicos y, si estos no pueden cumplir el encargo queda sin efecto el compromiso, recuperando su imperio la jurisdicción ordinaria.

En cambio, en la cláusula compromisoria las partes se someten en general al arbitraje y quedan obligadas a nombrar árbitros cuantas veces sean necesarias, procediéndose en caso de desacuerdo a la designación del árbitro por la justicia ordinaria.

Don Patricio Aylwin Azocar, era de la opinión que la cláusula compromisoria genera para las partes la obligación de nombrar árbitros, pues la designación del tribunal arbitral es indispensable para cumplir con la obligación asumida de resolver los conflictos provenientes del contrato a través de un juicio arbitral, y sin ella el arbitraje pactado no podría llevarse a efecto. Funda tal opinión en que “los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza del acto (CC, art. 1546)”<sup>44</sup> y, en este sentido, a pesar de no ser nombrado el árbitro las partes se encuentran en la obligación de hacerlo.

Tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha entendido que la voluntad de las partes es el elemento concluyente que permite clasificar un determinado acuerdo, como compromiso o como cláusula compromisoria.

Además, en nuestra opinión, existen dos elementos expresados por la jurisprudencia, que nos ayudarían a establecer un criterio de interpretación más

---

<sup>44</sup> AYLWIN AZOCAR, Patricio, op. Cit. Página 317.

práctico, para identificar si se trata de un compromiso arbitral o una cláusula compromisoria:

- ✓ Si la cláusula contiene la designación de un árbitro preciso y determinado, es posible deducir que el acuerdo se ha celebrado en atención al árbitro, siendo un elemento esencial de su estipulación someterse al fallo de ese árbitro y no a otro, situación comprensible debido a los conocimientos y experiencia requeridos en ciertas materias como la construcción.
  
- ✓ Si del tenor literal de la cláusula se desprende la clara voluntad de las partes en el sentido de someterse en general al arbitraje, entendido como jurisdicción voluntaria, quedando obligados a nombrar árbitros cuantas veces sea necesario, se trataría de una cláusula arbitral.
  
- ✓ Literalmente es posible expresar tal voluntad de las partes acordando expresamente en el contrato otorgar la facultad a la justicia ordinaria para nombrar al juez en caso de desacuerdo.

Nuestra excelentísima Corte Suprema, ha establecido en el fallo referido que la naturaleza del acuerdo estipulado entre Constructora Ventisquero LTDA. Y Eduardo Hernández Valderrama es la de un compromiso arbitral, señalando que, *“En atención a que entre las partes no ha surgido el nombre del árbitro y dado a que no corresponde a la justicia ordinaria nombrarlo, cualquier conflicto que surja entre las partes contratantes debe ser resuelto por el juez de letras competente, quien no podrá excusarse de ello, razón por la cual no procede acoger la excepción dilatoria de la incompetencia del Tribunal”*. Este fallo se funda en la redacción de la cláusula que expresa en su parte final:

*“Será resuelta cada vez por un árbitro arbitrador designado de común acuerdo entre las partes y sin ulterior recurso, sólo el de queja ante la Corte Suprema”*. Redacción de la cual se infiere que un elemento esencial de la existencia del acuerdo de arbitraje, era la designación conjunta de la persona del árbitro, no estableciendo reglas para el caso de desacuerdo en el nombramiento, estipulando

por lo tanto un compromiso y en ningún caso una cláusula arbitral de sometimiento general a la jurisdicción arbitral.

En nuestro ordenamiento, la circunstancia decisiva para distinguir la exacta naturaleza jurídica de estas convenciones radica en la voluntad de las partes, si la intención de estas fue sustraer definitiva y permanentemente del conocimiento de la justicia ordinaria determinados conflictos, obligándose a entregar su decisión al fallo de árbitros se tratará de un cláusula compromisoria, y por el contrario si la voluntad de las partes fue sólo la de proceder al nombramiento de un árbitro, que deberá resolver las cuestiones concretas que se sometan a su decisión se tratará de un compromiso arbitral.

La voluntad de las partes posee como única expresión, la literalidad del tenor de sus cláusulas manifestadas en el contrato, si esta expresión no es clara se producirán problemas que afectarán la eficacia del mecanismo consagrado por las partes para la resolución de sus controversias.

Un fallo muy importante para la estipulación de cláusulas de compromiso arbitral es el emitido el 22 de enero de 2008 por nuestra Corte Suprema, en causa recurso Rol 3247-2006 , caratulada “Mauricio Hochschild S.A.I.C. con Ferrostal A.G.”. En este fallo, nuestra Corte ratifica que debía cumplirse la cláusula arbitral del contrato, que establecía que en caso de controversia las dificultades serían resueltas por el Tribunal de Essen, en Alemania. A pesar que nuestra ley permite la posibilidad de someterse a jurisdicción extranjera, en la práctica, eso no era posible dado los precedentes jurisprudenciales de nuestro Tribunales superiores, que impedían el conocimiento de controversias por tribunales extranjeros de contratos ejecutados en Chile. Este fallo estableció un precedente muy interesante de apertura de nuestros Tribunales, facilitando el comercio y negocios internacionales.

## **1.2 Naturaleza jurídica del contrato de construcción.**

Un aspecto que genera considerables inconvenientes y discusiones entre los contratantes, es la naturaleza jurídica asociada al contrato de construcción que se celebra.

Como señalamos en el capítulo I, las principales modalidades de este contrato son; suma alzada, a precio unitario o de administración delegada, siendo la principal, el contrato a suma alzada.

Los conflictos se producen ya que en un principio se establece la naturaleza jurídica del contrato, pero luego durante la ejecución de las obras, el contrato varía considerablemente, y esto conlleva a que su naturaleza jurídica cambie radicalmente y pueda degenerar en un contrato diferente.

En el laudo arbitral de don Andrés Cuneo Macchiavello Rol 1087-2009, la demandante (mandante) solicita la resolución del contrato a suma alzada modalidad EPC o "llave en mano", por incumplimiento de las obligaciones.

Recordemos que el contrato a suma alzada modalidad EPC y según lo señala el árbitro *"Es un contrato innominado que corresponde a una modalidad o especie del contrato de construcción por una suma alzada. Su especificidad consiste en que el encargo que se hace al contratista, es significativamente mayor que el habitual, en los contratos a suma alzada, ya que también comprende el desarrollo de toda la ingeniería y la arquitectura de detalle de la obra (...)".*

El principal problema se origina respecto a la interpretación de una cláusula que permite al mandante introducir modificaciones *"toda vez que lo estime necesario"*; mientras la demandada entiende que si bien se pueden realizar éstas modificaciones, ellas deben tener un límite, ya que de lo contrario el contrato no sería EPC, y desde un ángulo diferente, la demandante señala que así está establecido en el contrato, por tanto, su comportamiento se ajusta a derecho. Para el Arbitro, esta situación no se puede resolver mediante las reglas de

interpretación ya que ninguna de ellas zanja el asunto controvertido y decide solucionar el problema aplicando el artículo 1546 del Código Civil, específicamente a través de la buena fe contractual y señala *“Que en la perspectiva de la buena fe, este Árbitro reconoce la facultad de XX para introducir modificaciones en la obra, limitada, sin embargo, por la buena fe contractual, la cual impone el deber de no exigir el derecho de un modo que impida a la otra cumplir oportuna y debidamente con sus demás obligaciones”*. Seguidamente apunta *“Que, con todo, las partes de un contrato pueden modificar el estatuto legal o consuetudinario de un contrato para adaptarlo a sus necesidades específicas(...) Las partes, no obstante, no pueden prescindir de los elementos de la esencia -que considera el mismo artículo- porque su omisión podría acarrear su nulidad, o bien, hacer que el contrato degenera en...“otro contrato diferente”... que es lo que en parte ha ocurrido en la especie, en opinión de este Árbitro”*. Según su opinión entonces, la cláusula incide en la esencia del contrato EPC y lo transforma en uno diferente.

Como lo mencionamos anteriormente, uno de los elementos esenciales que caracteriza al contrato de suma alzada es la determinación precisa y clara de la obra encomendada, en este sentido la sentencia dictada con fecha 14 de agosto de 2000 por el árbitro arbitrador don Miguel Otero Lathrop, en causa Rol 178-99, caratulada “C.A.M.B. con CONSTR. M.J. CHILE S.A.”, es categórica al señalar que de los hechos acreditados en autos se desprende que partes calificaron al contrato que los regia como, “contrato de construcción a suma alzada”, pero la determinación de la obra encomendada era tan poco precisa que resultaba imposible considerar al contrato como tal, resolviendo en definitiva que todas aquellas obras que no se describen en el contrato corresponde a obras extraordinarias.

Según nuestro punto de vista, resulta evidente que en los contratos de grandes obras es sumamente difícil lograr definir su naturaleza jurídica desde un principio, ya que en muchas ocasiones a lo largo de su ejecución ocurren circunstancias impredecibles, que terminan forzando a un cambio en su naturaleza o también

alguna de las partes a su conveniencia cambia las reglas que se fijaron en un principio.

Creemos que las partes en la redacción de sus cláusulas, deben ser muy claras, precisas y utilizar un lenguaje que no incite a interpretaciones erradas o interpretaciones confusas, ya que cláusulas del tipo “toda vez que lo estime necesario” o “lo estime conveniente” no ayudan a resolver conflictos, ya que parecen otorgar una “amplia facultad” a uno de los contratantes, en desmedro del otro, así como también deben definir con mayor exactitud la obra encomendada para que así no exista diferencia en cuanto a la determinación de la obra esencial ya que de lo contrario todas estas ambigüedades cambian la naturaleza del contrato y junto con ello la responsabilidad de de las partes.

### **1.3. Derecho a exigir multas y sus límites.**

Otro elemento generador de conflictos en los contratos de construcción de grandes obras, es la procedencia de multas y sus límites.

En este tema se aprecia como la equidad es uno de los elementos más relevantes al momento de decidir lo que a cada parte corresponde por concepto de multas.

La conducta de las partes durante la ejecución del contrato permiten que la interpretación de sus cláusulas cambien, incluso modificando o derogando las acordadas expresamente y estipulándose en la práctica, nuevas reglas para aquellas materias no reguladas.

En el laudo de don Claudio Illanes Ríos de fecha 18 de julio de 2005, en causa Rol 444-2005, la parte demandada (mandante) demandó reconvencionalmente al contratista exigiendo multas por atraso en la construcción de obras que ascienden a un 0.2% del monto total del contrato por cada día de atraso y sin límites según lo establecido en el contrato, sin embargo, se establece por el árbitro que ambas partes tienen una responsabilidad compartida en los hechos que ocasionaron el atraso, así, ponderando las circunstancias y de acuerdo a la equidad y la

razonabilidad, se hace evidente que ese 0,2% es excesivo en función de lo que tradicionalmente se pactan en los contratos de construcción, y por lo demás contienen límites, cuestión que no ocurre en este caso. Es así que finalmente se reconsidera la multa y se rebaja a un 0,1% del monto total del contrato.

Desde nuestro punto de vista, la postura del Árbitro es bastante ponderada, ya que si bien las partes fueron autónomas en la decisión de estipular la multa, claramente durante su ejecución hubo errores provenientes de ambos contratantes, por tanto bajar la multa obedece a un criterio conciliador.

#### **1.4 Facultad de poner término anticipado al contrato.**

Otra materia que causa controversia en el contrato de construcción, es la facultad que consagran a las partes de poner término anticipado al contrato bajo determinados supuestos facticos establecidos en él. Esta facultad debe ser estipulada por las partes en el propio contrato y, permite poner término unilateral a la convención por determinados inobservancias de la contraparte.

Su naturaleza jurídica es de un pacto comisorio calificado y se puede expresar de la siguiente forma, esto, sin perjuicio del tipo contractual, pero en general versa *“El no cumplimiento por parte del subcontratista de cualquiera de las obligaciones que le impone el siguiente contrato, así como el simple retardo en el cumplimiento de de las mismas, faculta al mandante a declarar unilateralmente el término anticipado, inmediato y de pleno derecho el presente contrato y sin derecho a indemnización de ninguna especie a favor del contratista”*<sup>45</sup>

La controversia surge al determinar el efecto jurídico que la cláusula produce, si se acepta su procedencia y legalidad en tales términos produciría sus efectos por el solo incumplimiento, sin necesidad que sea declara o solicitada los tribunales competentes.

---

<sup>45</sup> Laudo arbitral Rol 178-99.

La posición contraria, manifiesta que es necesario un pronunciamiento judicial previo para que se produzca la resolución del contrato por cumplimiento de una de las condiciones expresadas en el pacto comisorio, situación en que la cláusula ipso facto no produciría su efecto de pleno derecho.

Don Miguel Otero Lathrop en la causa Rol 178-99, estable un criterio práctico sin detenerse en los efectos de la cláusula, señala que *“cualquiera que sea la tesis que se acepte, no cabe discusión alguna en cuanto a que discutida la procedencia de la causal invocada para la resolución o terminación anticipada del contrato que se trate, la parte que la invoca es obligada a probar su existencia. Esto es, nace la obligación procesal de acreditar que los hechos que la informan, existían al momento en que la parte aplica o se pretende se aplique el pacto comisorio”*.

La postura del arbitrador es que si la concurrencia de los supuestos fácticos que hacen nacer la facultad de poner término al contrato, es discutida, sería imposible que la cláusula produzca sus efectos de pleno derecho. Los únicos llamados a resolver si tal situación fáctica se produce o no, son los tribunales de la justicia o de existir compromiso o cláusula compromisoria el juez arbitral correspondiente.

Una posición similar expresan los Árbitros Arbitradores don José María Eyzaguirre García de la Huerta, don Andrés Jana Linetzky y Manuel José Vial Vial, en causa Rol 1278-2010, estos señalan que se requiere para la procedencia del término anticipado la prueba de la ocurrencia de la causal invocada. En el mismo sentido se ha referido el árbitro Don Javier de Iruarrizaga Samaniego en laudo arbitral Rol 1067-2009, en el cual señala *“Que si bien la cláusula vigésimo novena del contrato de construcción establece que el incumplimiento por el constructor de las obligaciones contractuales habilitaría al mandante a poner término de inmediato al contrato, sin necesidad de requerimiento ni declaración judicial alguna, a juicio de este Tribunal, esta facultad no puede ejercerse en forma arbitraria o discrecional. El ejercicio de esta facultad de dar por terminado el contrato requiere un incumplimiento del constructor, y no corresponde al mandante calificar unilateralmente, por sí y ante sí, este incumplimiento. Si, a juicio del mandante, el constructor hubiere incurrido en faltas que ameriten la terminación anticipada del*

*contrato, debió haberlo reclamado así ante el Árbitro Arbitrador designado, ya que se trata evidentemente de un hecho controvertido a ser resuelto breve y sumariamente tal como estipula la cláusula trigésimo del contrato”*

Una posición contraria encontramos en el laudo arbitral de Don Fernando Samaniego Sangroniz, de fecha 18 de agosto de 2011, en causa Rol 1257-2010, señala que *“Es importante tener presente que nada impide que las partes puedan pactar que frente al incumplimiento, nazca el derecho de una de ellas para poner término al contrato ipso facto, es decir, sin necesidad de un juicio que declare su resolución. Lo anterior encuentra fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, que en palabras concretas significa que las partes pueden regular libremente sus relaciones jurídicas, sin intervención del legislador; es un poder de creación, modificación o extinción de estas relaciones y que sólo tiene como límites que no puedan ser contrarias a la ley, la moral y el orden público”* luego agrega *“ No es la mera voluntad de ZZ lo que permitiría que naciera el derecho de ésta para resolver el contrato ipso facto sino el acaecimiento de un hecho, el incumplimiento del señor XX”*.

La postura del arbitrador es que si acontecen los supuestos fácticos que hacen nacer la facultad de desligarse del vínculo contractual, entonces el contrato se entenderá terminado *ipso facto*, de pleno derecho, sin necesidad de una declaración judicial de un órgano jurisdiccional, o el pronunciamiento de un juez árbitro, ya que las partes así lo han estipulado en el contrato y es una ley para éstas.

En nuestra opinión al aceptar la facultad de una de las partes para poner término al contrato cumpliendo con las condiciones establecidas en él, no se afectaría la estabilidad contractual, ya que de todas formas los tribunales de justicia, ya sean ordinarios o arbitrales, actuarían en caso de que alguna de las partes reclamaran ante ellos, ya que deben ejercer el control sobre la resolución unilateral del contrato.

Sin embargo, un método adecuado para que la cláusula ipso facto produzca el efecto querido y ponga término al contrato de pleno derecho, podría ser estableciendo la gravedad de la obligación esencial, establecer un medio inequívoco por el cual se le pondrá término (carta certificado, email, etc.) y establecer un plazo prudente para que la parte asuma las consecuencias y se organice, todo esto con el ánimo de no causarle perjuicios

Como hemos observado los elementos señalados son origen de múltiples controversias en el contrato de construcción, la correcta estipulación de este tipo de cláusulas impedirá que se generen problemas de interpretación en el contrato.

## **2. ERRORES EN LA EJECUCIÓN O DESEMPEÑO DEL CONTRATO.**

Durante la vigencia del contrato de construcción, es posible que las partes no cumplan en tiempo y forma las obligaciones asumidas en él, esto puede provenir de:

- El desacuerdo respecto de las obras que contrataron las partes para ser ejecutadas.
- El desacuerdo en el precio del contrato, que a criterio una de las partes puede haber cambiado producto de aumentos, modificaciones u ejecución de obras extraordinarias.
- El desacuerdo en la comprensión de los procedimientos de ejecución, hitos y ruta crítica que establece el contrato de construcción.
- El desacuerdo de la partes respecto del efectivo estado de avances de las obras.
- Otras causas.

### **2.1. Incumplimiento de obligaciones del contrato.**

El incumplimiento por parte del contratista de las obras convenidas, otorga al mandante la facultad de demandar el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

También es posible que el incumplimiento sea de la obligación de pagar el precio por parte de quien encarga la obra que, en el contrato de construcción de grandes obras es pagado normalmente mediante estados de pagos conforme a hitos estipulados en el contrato, el precio puede ser exigido durante la ejecución del contrato mediante la emisión de una factura a nombre de la empresa mandante, documento que si cumple los requisitos exigidos en la ley N° 19.893 que “Regula la Transferencia y Otorga Merito Ejecutivo a la Copia de la Factura”, podría tener fuerza ejecutiva y presentarse al cobro como cualquier otro título ejecutivo.

En el laudo arbitral seguido por Don Héctor Humeres Noger, Rol 1041-2009, la demandante (contratista) exige que se cumpla el contrato y se le paguen las sumas adeudadas por la ejecución de la obra gruesa, mientras que la demandada (mandante) solicita reconventionalmente que se declare resuelto el contrato por el incumplimiento de las obligaciones que éste establece. El juez árbitro resuelve acoger la demanda principal de cumplimiento forzado de la obligación, puesto que señala que el contratista si ha cumplido con las obligaciones que impone el contrato y decide rechazar la demanda reconventional en atención a que *“La parte incumplidora de su obligación no puede alegar el incumplimiento de la otra-institución establecida en el artículo 1.555 del Código Civil- lo que en este caso resultó acreditado a la luz de las probanzas acompañadas en el juicio. El hecho que la obra se haya recibido con reparos, no justifica que se entienda que ella no se efectuó, toda vez que el contrato suscrito por las partes contemplaba esa situación e indicaba el procedimiento por el cual se recargaba al contratista su precio en dicha circunstancia, lo que efectivamente se realizó”*.

Este tema es uno de los que mayor controversias produce ya que como en todo contrato, siempre habrá un contratante más diligente que otro, sin embargo, los

árbitros han sido bastante prudentes al momento de fallar ya que analizan detalladamente que parte incurrió en el incumplimiento o bien si este incumplimiento es compartido y finalmente atribuyen responsabilidades equitativas.

## 2.2. Daño moral

Un aspecto interesante, es el amplio reconocimiento en la jurisprudencia arbitral de la procedencia de indemnizar el daño moral en sede de responsabilidad contractual. Don Miguel Otero Lathrop se ha expresado en ese sentido al señalar que, “*En cuanto al daño moral como consecuencia de una infracción contractual, su existencia está ampliamente aceptada por los autores y la jurisprudencia*”. Agrega que a su juicio la lesión de un derecho subjetivo es el presupuesto necesario y obligatorio para configurar el daño moral.

Sin embargo, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia no ha sido tan uniforme como señala el autor, existe jurisprudencia en ambos sentidos. Don Pablo Rodríguez Grez se expresa a favor de la misma opinión al señalar que, “La reparación de daño moral se ha abierto paso en la doctrina y jurisprudencia, como resultado del reconocimiento de que las relaciones jurídicas son mucho más que efectos patrimoniales y de que el quebrantamiento del derecho va también más allá del derecho tutelado en la norma. No olvidemos que todo derecho subjetivo no es más que un interés jurídicamente protegido por el ordenamiento normativo y que quien lo lesiona imposibilita la realización de dicho interés. Sin embargo, la infracción indicada no queda circunscrita, en ciertos casos al interés protegido, sino que se expande o repercute en la esfera espiritual de la persona. Es aquí donde surge el daño moral”<sup>46</sup>.

En relación a este punto, encontramos el fallo pronunciado por don Miguel Otero Lathrop, Rol 178-99, que en su parte considerativa señala “*Es evidente que en*

---

<sup>46</sup> Rodríguez Grez, Pablo, “Responsabilidad extracontractual” Editorial jurídica de Chile, Santiago, año 1999, página 309.

*materia contractual es bastante complejo la evaluación del daño moral, fenómeno que no es tan difícil en la responsabilidad extracontractual pues las consecuencias del ilícito son más reales y concretas y es posibles apreciarlas por los sentidos. Así por ejemplo, la determinación de un daño moral por la mutilación que una persona experimente de algunos de sus miembros por un ilícito de un tercero, su apreciación es mucho más tangible.*

*En cambio no lo es tan claramente tratándose del incumplimiento de un contrato sin que ello pueda significar que en tales casos no existe dolor ni sufrimiento. Muy por el contrario tales elementos son perfectamente posibles encontrarlos en la responsabilidad contractual y en este caso específico ese dolor y sufrimiento por los hechos ocurridos es manifiesto. Que usando las atribuciones que la ley me concede por mi carácter de arbitrador sumadas a las que el propio demandante me ha otorgado al expresar que en último término se atenderá a las cantidades que en justicia este tribunal determine, fija el daño moral en el equivalente U.F. 10.000” En el mismo sentido se expresa el arbitrador Manual Guzmán Vial en causa rol 10-95, ya citada.*

Consideramos que aceptar el daño moral en este tipo de contratos, si bien resulta difícil determinarlos en sede contractual, por el problema de la intangibilidad, ya que no podemos percibir mediante nuestros sentidos el real sufrimiento y dolor de una empresa, que son aquellas que participan en estos contratos, no obstante lo anterior, éstas compañías son representadas por personas que sí experimentan degradación de su calidad de vida, stress continuo, conflictos con bancos, angustias, etc.

De todas formas la empresa si puede sufrir daños asociados a la imagen de ésta frente a los demás empresarios del rubro lo que causaría de todas formas un desequilibrio en sus actividades comerciales, y si esto va unido al actuar malicioso de la contraparte, creemos de todos modos que el daño moral es total y enteramente factible.

### **3. CAMBIO EN LAS CONDICIONES QUE IMPERABAN AL MOMENTO DE CONVENIRSE.**

Uno de los aspectos que mayor controversia y debate causan en los contratos de la construcción es el cambio de las condiciones imperantes al momento de convenirse el contrato.

Mucho se ha escrito y analizado sobre la imprevisibilidad de circunstancias que alteran el contrato, caso fortuito, fuerza mayor y la posible aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento. Podemos señalar que el cambio de condiciones es el elemento que mayor perjuicio pecuniario causa a una de las partes contratantes agravando de tal forma el cumplimiento de sus obligaciones, que las hace imposibles de ejecutar.

El problema que origina la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, es si procede modificar, revisar las condiciones que han establecido las partes en el contrato - que como señala el artículo 1545 del Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”- frente a un cambio en las condiciones de éste. Como es de lato conocimiento en nuestro Derecho esta teoría no se ha acogido y por tanto es de escasa aplicación, pero como regla excepcional, en el ámbito de los contratos privados de construcción de grandes obras, esta teoría se ha acogido y aplicado en laudos arbitrales.

Uno de los fallos arbitrales más importantes en esta materia y que definitivamente establece un precedente, es el laudo arbitral de don Claudio Illanes Ríos dictado con fecha 27 de julio de 1993, en causa caratulada “SOCIEDAD CONSTRUCTORA LA AGUADA LIMITADA con EMPRESA METROPOLITANA DE OBRAS SANITARIAS”. El Consorcio La Aguada señala en su demanda que el contrato celebrado con EMOS implica realizar las obras en condiciones y precios presupuestados, situación que habría sido posible si las bases técnicas y los datos entregados por EMOS, sobre los que se basaron los cálculos hubiesen sido verdaderos. Agrega que, “la realidad del terreno fue diferente a los parámetros de

EMOS entregó. En toda la longitud de la obra las excavaciones no mantuvieron su verticalidad ya que experimentaron desmoronamientos que obligaron a sobre excavaciones y rellenos, a incorporar suelo cemento, moldaje, acero y otros que se señalan en la demanda”.

El contrato acordado entre las partes poseía las características de un contrato a suma alzada reajutable en el cual Consorcio La Aguada se vio obligada a incorporar obras diferentes a las incluidas en la propuesta y debió aumentar una partida de moldaje requerido por el desmoronamiento del suelo, esta imprevisión por parte del mandante EMOS respecto del vicio del suelo lo hacen responsable de pagar las mayores obras, haciendo valer como fundamento de derecho la teoría de la Imprevisión y al enriquecimiento sin causa como argumentación subsidiaria.

EMOS por su parte ha rechazado las pretensiones del contratista fundada en la circunstancia que en la especie se trata de un contrato formalizado bajo el esquema de “suma alzada reajutable” ,consecuencialmente los riesgos reclamados por el contratista deben ser de su cargo.

Además, ha señalado que en este caso las especificaciones y método de construcción incluido en el llamado corresponde a un “ante proyecto”, el método constructivo allí establecido es una mera sugerencia sin que se obligue al contratista a ejecutar la obra conforme dicho método, el que, además, a su juicio, no se intento llevarlo a cabo. Agrega que en los documentos intercambiados con el contratista insertos en el denominado “sistema de preguntas y respuestas”, consulta nº4 y respuesta nº1, se expresa que la mecánica de suelos es referencial y que el proponente deberá considerar todos los volúmenes adicionales de excavación y relleno, que sean necesarios para la correcta construcción de las obras. También se refiere a las consultas nº 56, 116,127, 128, 129 y 130, referentes al método constructivo de las que se infiere que dicho método era una mera sugerencia y que el contratista podía ofrecer otras alternativas.

El arbitrador conforme a estos argumentos, a la prueba, rendida y lo acreditado en juicio, ha llegado a los siguientes razonamientos como por ejemplo que a pesar que en el sistema denominado de preguntas y respuestas se señalen claras declaraciones que se consideran parte del contrato de construcción celebrado por los contratantes ellas deben ser analizadas racionalmente y en el contexto en que ellas tuvieron lugar, agrega que haciendo suyos los comentarios del perito es “Uso y costumbre en nuestro sistema de contratación de obras en Chile, que los mandantes soliciten este tipo de aclaraciones durante el estudio de las ofertas y que los proponentes acepten este tipo de aclaraciones durante el estudio de las ofertas y que los proponentes acepten este tipo de aclaraciones en el entendido que ellas no alteran los montos y plazos de sus ofertas más allá de los imprevistos considerados”.

Entendiendo el juez que ambas partes firmaron el documento de buena fe y que su contenido se aplicaba a situaciones puntuales que no afectaban las condiciones generales de la oferta del estudio, por lo tanto no dando lugar a las defensas de la demandada. Lo que se ha establecido mediante el razonamiento del juez y el perito de la causa, es un límite al valor interpretativo de la serie de preguntas y respuestas.

A mi entender lo señalado por el juez es que considera que las aclaraciones dadas por el mandante, producirán pleno efecto respecto de materias de dudosa o inexistente estipulación del contrato pero, estas no podrán modificarlo en sus partes esenciales.

Retomando el tema de la imprevisión, el juez arbitral don Claudio Illanes Ríos estima que conforme se acreditó en el proceso, las obras que motivaron las diferencias entre el presupuesto inicial del contrato y lo verdaderamente ejecutado deben ser calificadas como imprevistos, los cuales el contratista no ha podido prever y conforme a la naturaleza del contrato, que es la de un acto bilateral, conmutativo y oneroso, que hace responder a las partes de culpa leve en

conformidad al artículo 1547 del Código Civil, concluir que debía preverlos implicaría exigir un grado de culpa mayor que la correspondiente al contrato.

La calidad del suelo se presenta constantemente como un elemento generador de controversias de imprevisibilidad, ya que si difiere con lo presupuestado genera la modificación de estructuras, materiales y cantidad de obra que desplazan los límites de la obra a ejecutar.

Asimismo, don Claudio Illanes Ríos estima que es posible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión ya que, procede y es coherente con las disposiciones básicas en materia contractual y no es necesario que para su utilización se reconozca legalmente en forma expresa.

Conforme a este criterio las razones que permitirían su aplicación en el contrato de construcción son:

- Por la naturaleza del contrato de construcción que es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, lo que implica una necesaria equivalencia en las prestaciones.
- En virtud del principio de buena fe en la ejecución de los contratos.
- En virtud del principio de equidad y prohibición de enriquecimiento sin causa.

Una de las características de la aplicación de la teoría de la imprevisión, es que posee una naturaleza reparadora por la tanto, es imposible que en virtud de ella se demanden las utilidades, situación que quedo de manifestada en el juicio.

Como se observa de los fallos analizados han sido jueces árbitros los que han reconocido y dado aplicación a la teoría de la imprevisión, en forma explícita y fundamentada, convirtiéndola en una importante fuente de doctrina.

Por el contrario nuestros Tribunales Ordinarios de Justicia han mantenido un posición reacia a aceptar la aplicación de la teoría de la imprevisión, han sostenido tradicionalmente que “los Tribunales de justicia carecen de facultad

para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbre o reglamentos administrativos”<sup>47</sup> una postura categórica, que se expresa en una ausencia de fallos de los Tribunales ordinarios que se expresen sobre el tema.

La practica contractual internacional<sup>48</sup> ha creado una serie de cláusulas que se incorporan a los contratos, que tienen por objeto modificarlos si se producen alteraciones en las circunstancias no previstas por las partes. La estipulación más común en el contrato de construcción es la indexación de ciertos valores ligadas a clausulas de estabilización o polinomios, ecuaciones que permiten mediante la estipulación de valores variables mantener el equilibrio de los precios establecidos en el contrato.

---

<sup>47</sup> MAZA, Lorenzo de la, “La teoría de la Imprevisión”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXX, primera parte, página 125.

<sup>48</sup> LOPEZ DIAZ, Carlos, “REVISIÓN DE LOS CONTRATOS POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES”, Universidad Central de Chile, 103 páginas, página 48.

## CONCLUSIONES

Como hemos observado, el contrato de construcción se ha alejado de su origen contemplado en el Código Civil como aquel de prestación de servicios, evolucionando hacia un contrato de múltiples ejecutores de la obra o partes de la obra, donde la existencia de contratos, subcontratos y sub-subcontratos, se manifiestan en una complejidad evidente expresada en las cláusulas, los estatutos de extensas y complicadas reglas.

Asimismo, el contrato de construcción de grandes obras carece de normas actuales que permitan una regulación eficaz de los derechos y obligaciones, que finalmente derivan en una resolución poco efectiva de los conflictos que suscitan.

La consagración de las Bases Generales de la negociación y el arbitraje se han consignado como los únicos mecanismos dirigidos a la resolución de los controversias entre las partes del contrato, evitando la integración de nuevos medios alternativos para la resolución de conflictos que se caracterizan por una tener una mayor rapidez y eficacia, ya que cuentan con conocimiento técnico de las obras y de la praxis, que significa una interpretación cercana de lo que las propias partes han establecido en las cláusulas del contrato.

En este sentido los fallos arbitrales analizados nos demuestran que la utilización de nuevos medios para la resolución de controversias, que actúen a lo largo de la ejecución del contrato, como los DRB, evitarían aquellos conflictos que se generan con habitualidad en la ejecución de grandes obras y que no son visualizados en la etapas previas a la ejecución de la misma, ya que por ejemplo el panel de miembros DRB deben estar presentes durante la ejecución de la obra, deben aclarar dudas de forma del contrato, son verdaderos especialistas instruidos en las cláusulas del mismo, permitiendo a las partes una relación más clara y directa acorde con las clausulas pactadas, evitando errores de

procedimiento que normalmente subsana con posterioridad un juez arbitral que con lleva un alto costo económico para las partes.

Luego del análisis de la materia, consideramos que en el campo de la ingeniería se abre paso el derecho, existiendo un íntima relación en la redacción de contratos de obras, en la ejecución acorde al contrato, considerado en Chile como una ley para las partes contratantes y en la resolución de conflictos, donde a nivel internacional se amplían los horizontes generando nuevas posibilidades de desarrollar nuestra profesión mezclándonos con expertos de otras áreas para solucionar controversias de gran importancia para la sociedad y la progresión económica de la misma.

## BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN AZOCAR, Patricio. El Juicio Arbitral. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2005. 519 p.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo y PRADO PUGA, Arturo. El Contrato de Construcción y sus principales garantías. Santiago de Chile: Colegio de Abogados de Chile, 13 junio de 1996. 40 p.

CAMARA DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. Compendio sistematizado de sentencias arbitrales publicado por la CAMS de la Cámara de Comercio de Santiago. Artículos *on line*. [Fecha de consulta: 8 de junio 2016]. Disponible en: [http://www.camsantiago.com/sentencias/indice\\_materias.html](http://www.camsantiago.com/sentencias/indice_materias.html)

FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. Urbanismo y Construcción. Chile: LexisNexis, 2006. 327 p.

GARCIA HERNÁNDEZ, Roberto. Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos 2014. Perú, 2014. [Fecha de consulta: 5 de julio 2016]. Disponible en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>

ILLANES RIOS, Claudio. El Contrato de Construcción a suma alzada. Santiago de Chile: Colegio de Abogados de Chile, 27 Junio 1996. 28 p.

LECK, GORDON E. Reclamos y Resolución de Disputas en contratos de Ingeniería y Construcción. Diario Estrategia. Exposición en Seminario Internacional. Diario Estrategia, el 2 y 3 de octubre de 1995.

LOPEZ DIAZ, Carlos. Revisión de los contratos por circunstancias sobrevinientes. Santiago de Chile: Librotecnia, 2008. 142 p.

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. Los Contratos. Parte general tomo I. 4ª.ed. Chile: Jurídica de Chile, 2005. 457 p.

LOYOLA, Mauricio y GOLDSACK, Luis. Constructividad y Arquitectura. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, 2010. 141 p.

MATURANA MIQUEL, Cristián Derecho Procesal Orgánico. Parte general. Chile: Universidad de Chile, febrero 2006. 302 p.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. La teoría de la Imprevisión. Revista de Derecho y Jurisprudencia, XXX(1): 125, 1993.

PRADO PUGA, Arturo El contrato general de construcción, y en especial la modalidad epc y sus principales características. Revista Chilena de Derecho, 41(2), agosto 2014. [Fecha de consulta: 18 mayo 2016]. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200017>>

RODRÍGUEZ, GREZ, Pablo. Responsabilidad extracontractual. Santiago: jurídica de Chile, 1999. 505 p.

RUFÍAN LIZANA, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica, 1999. 336 p.

SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado; actos contratos y bienes. Santiago: Jurídica de Chile, 2001. 336 p.

URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio. La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción. Santiago, Chile: LexisNexis, 2004. 114 p.